Die Rechte des Eigentümers oder früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Gottfried Samter

Referendar.

Emil Ebering, Verlagshandlung, Berlin NW., Mittelstr. 39.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Erster Teil.

Der Begriff des Besitzdieners.

Erstes Kapitel: Geschichtliche Entwickelung. 9

§ 1. Römisches Recht 9

§ 2. Deutsches Recht 14

§ 3. Die Partikularrechte 16

Zweites Kapitel: Geltendes Reichsrecht.

§ 4. Entstehung des § 855 18

§ 5. Der Besitzbegriff des BGB. 20

a) Besitz ist nicht gleich tatsächliche Gewalt 20

b) Die tatsächliche Gewalt ein sozialer Gewaltbegriff, bestimmt durch die Verkehrsanschauung 22

c) Der Wille kein rechtliches Erfordernis der tatsächlichen Gewalt, aber nicht unerläßlich 24

§ 6. Der § 855 eine Ausnahme von dem Grundsatz: Wer die tatsächliche Gewalt hat, wird geschützt 27

§ 7. Sowohl der Besitzdiener, als auch der Besitzherr haben tatsächliche Gewalt 29

§ 8. Der Wille des Besitzdieners für die Besitzdienerschaft unerheblich 29

§ 9. Notwendigkeit eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Besitzdiener und Besitzherrn 31

§ 10. Tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis oder Rechtsverhältnis? . 31

§ 11. Das Abhängigkeitsverhältnis nicht Kriterium der Besitzdienerschaft 35

§ 12. Kriterium vielmehr die äußere Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses 36

§ 13. Einige Anwendungsfälle der Besitzdienerschaft 39

a) Die Vorstände von Korporationen keine Besitzdiener . . . 39

b) Testamentsvollstrecker etc. keine Besitzdiener 40
c) In den Fällen der „momentanen Detention“ und des „Nebenbesitzes“ weder Besitz noch Besitzdienerschaft 40
§ 14. Die rechtliche Stellung des Besitzdieners 41
a) Dem Besitzherrn gegenüber 41
b) Dritten gegenüber 42

Zweiter Teil.

Die Rechte des Eigentümers bezw. früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers.

Erstes Kapitel: Ansprüche, die mittels Gerichtsschutzes durchzusetzen sind.
§ 15. Der Eigentumsanspruch (§ 985) und der petitorische Anspruch aus früherem Fahrnisbesitz (1007) 43
I. Die rei vindicatio und die actio Publiciana gegen jeden gerichtet, der die Herausgabemöglichkeit hat 43
II. Die Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere des deutschen Rechts nur gegen den Gewereinhaber 46
III. Die Klagen im gemeinen Recht 47
IV. Die Eigentumsfreiheitsklage und die preußische „Publiciana“ des Allgemeinen Landrechts. Nur die Erste auch gegen den bloßen Inhaber 47
V. Die Klagen aus § 985 und § 1007 BGB. nicht gegen den Besitzdiener 48
a) Die Klage aus § 985 BGB. 48
b) Die Klage aus § 1007 BGB. 51
§ 16. Die possessorische Klage wegen Besitzentziehung (861) . . . 52
I. Das interdictum unde vi gegen jeden Dejizienten gerichtet . 52
II. Die kanonische actio spolii im gemeinen Recht ebenso wie bei a 54
III. Im deutschen Recht keine eigentliche Besitzentziehungsklage 54
IV. Die Klage des Allgemeinen Landrechts wegen einer „neuerlichen Besitzentziehung oder Besitzstörung“ gegen jeden Dejizienten 55
V. Die Klage aus § 861 BGB. nur gegen den Besitzer . . . 56
Zweites Kapitel: Ansprüche, die ohne gerichtliche Hilfe durchzusetzen sind.
§ 17. Das Selbsthilferecht des § 859 57

I. In Rom Vertreibungsrecht eines mit Gewalt aus einem Grundstück Verdrängten gegen jeden Dejizienten 57
II. Im deutschen Recht Wiederverschaffungsrecht des Entwerten innerhalb von drei Tagen und Nächten 59
III. Beschränktes Selbsthilferecht im Allgemeinen Landrecht . . 59
IV. Eingeschränktes Wiederverschaffungsrecht des § 858 Abs. 2 u. 3 BGB., bei Mobilien wie bei Immobilien stets gegen den Täter, also auch den Besitzdiener 60
Gesamtergebnis 63

Einleitung.

Von den in vorliegender Arbeit sich gegenüberstehenden Personen, Eigentümer und früherer Besitzer einerseits und Besitzdiener anderseits, ist es letzterer, welchen man bei der vielumstrittenen Natur seines Begriffs zunächst einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen hat. Denn die Beantwortung der hier gestellten Frage wird lediglich davon abhängen, welche Auffassung man vom Besitzdiener hat. Indem man also zunächst den Begriff des Besitzdieners scharf abgrenzt, beantwortet man schon zum Teil die vorliegende Frage, so daß es für den zweiten Teil nur noch darauf ankommen wird, die notwendigen Konsequenzen aus dem Resultat der vorhergegangenen Erörterungen zu ziehen.

ERSTER TEIL.

Der Begriff des Besitzdieners.

Erstes Kapitel.

Geschichtliche Entwicklung.

§ 1.

Zwei Begriffe sind es, die bei der Betrachtung der römischen Besitzlehre als ihre Hauptmomente ins Auge fallen: Der Besitz, den die Römer schlechthin mit „possessio“ bezeichnen, und die Detention, die man in den Quellen durch die Worte: tenere, detinere, in possessione esse ausgedrückt findet. Der erste Begriff repräsentiert den vom Recht anerkannten, d. h. durch Interdikte rechtlich geschützten Besitz, den man mit den Worten „juristischer

Besitz“ bezeichnet, während im Gegensatz dazu die Detention als ein vom Recht ungeschütztes Besitzverhältnis steht.

Was nun zur Begründung des Besitzes gehört, sagt Paulus in Dig. 41, 2 L. 3 § 1: „Et apiscimus possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore.“ Nach Paulus sind es also zwei Momente, die zusammentreffen müssen, um die römische possessio herzustellen, ein äußeres, das corpus, d. i. die räumliche Beziehung der Person zur Sache, und ein inneres, der beides verbindende Wille; wo dieser Wille fehlt, liegt nach Paulus nicht juristischer Besitz vor, sondern Detention.

Dieses Willensmoment ist der Gegenstand eines langwierigen Streites geworden, dessen Mittelpunkt die Theorien Savignys und Jherings bilden. Der Angelpunkt ist hierbei der, wie die in den Quellen gebrauchten Ausdrücke: „animus possidentis“[1], „possidendi affectus“[2] und „animus possidendi“[3] auszulegen sind. Savigny lehrt in seiner von Jhering sog. Subjektivitätstheorie, die Bedeutung dieser Ausdrücke sei die, daß der Besitz den animus domini erfordere, d. h. daß der Wille darauf gerichtet sei, „die Sache als Eigentümer zu behandeln, d. h. daß er die Sache ebenso beherrschen will, wie ein Eigentümer kraft seines Rechtes zu tun befugt ist, also insbesondere, ohne einen anderen besser Berechtigten über sich anerkennen zu wollen“[4]. In allen anderen Fällen also, insbesondere bei Vorhandensein des animus rem alieno nomine habendi, liege Detention vor, ebenso wie bei Fehlen des Willens des Detinierenden überhaupt[5]. Damit ist der Unterschied zwischen Besitz und Detention als von dem animus domini ab hängig gegeben. Unterstützung für seine Theorie findet Savigny auch in anderen Stellen des Paulus, z. B. Dig. 41, 2 L. 1 § 6. Aber trotzdem kann sein animus domini nicht als quellengetreu bezeichnet werden, da sich dieser Ausdruck bei den übrigen

---

1. Dig. 41, 2 L. 1 § 20.
2. eod. L. 3 § 3.
3. Dig. 12, 1 L. 41.
4. Savigny, Das Recht des Besitzes S. 110.
5. So detiniert der Stellvertreter: quia non habet animum possidentis, Dig. 41, 2 L. 1 § 20 und der Pächter: cum conducenti non sit animus possessionem apiscendi, Dig. 13, 7 L. 37.

Juristen nicht findet. Was aber dieser Theorie die hauptsächlichste Schwierigkeit bietet, das ist der Umstand, daß die Römer in manchen Fällen trotz Fehlens des animus domini juristischen Besitz anerkennen. Der Pfandgläubiger, der Sequester, der Prekarist usw. erkennen zweifellos einen Besitzherrn an, sie haben gar nicht die Absicht, die Sache als die ihrige zu behandeln und trotzdem genießen sie den Interdiktenschutz, während z. B. Mieter und Pächter schutzlos sind. Hier hat Savigny damit geholfen, diese besonderen Fälle des juristischen Besitzes als „Anomalien" zu bezeichnen, der Besitz sei ein „abgeleiteter" und es werde in dem Pfandgläubiger der animus domini des Schuldners geschützt. Aber zu dieser Begründung geben die Quellen keinerlei Anlaß, da nirgendswo diese Fälle als „Anomalien" charakterisiert werden.

Trotz dieser Schwächen ist die Theorie Savignys lange Zeit die herrschende geblieben, bis Jhering in seinem Werk „Der Besitzwille" den Kampf gegen Savigny aufgenommen hat und mit seiner „objektiven Theorie" die subjektive Savignys, wenn auch nicht zu verdrängen, so doch bedeutend abzuschwächen vermochte.

Als Resultat seiner Theorie ergibt sich[6]: Das Willensmoment kommt für den Unterschied zwischen Besitz und Detention nicht in Betracht. Denn der erforderliche Wille ist für beide Begriffe der gleiche. Dieser Wille ist aber kein besonders qualifizierter, sondern läuft nur darauf hinaus, das vorhandene räumliche Verhältnis zu einem Besitzverhältnis zu gestalten[7]. Es könne also ebensogut jemand mit animus domini Detention[8], wie ohne ihn Besitz[9] haben. Das Entscheidende sei hier vielmehr der Zweck, die causa. Die objektive Rechtsregel bestimmt das Besitzverhältnis. Mit dieser Theorie — mag sie auch sonst nicht unbedenklich sein — gewinnt man jedenfalls eine folgerichtige Erklärung für das, was die Savignysche nicht zu erklären vermochte. Das Gesetz bestimmt z. B.: Liegt ein Pachtvertrag vor (causa), dann ist der Verpächter Besitzer, der Pächter Detentor, oder: Hat

6. Jhering, Besitzwille S. 53 ff.
7. Jhering, a. a. O. S. 21 ff. S. 341. Aehnlich Brinz, Pand. S. 503.
8. Dig. 39, 5 L. 13.
9. Dig. 41, 3 L. 44 § 4; 41, 1 L. 21.

der Schuldner eine Sache verpfändet, so wird der Pfandgläubiger Besitzer. Der Wille ist dabei unerheblich und kann an der Rechtsregel nichts ändern, denn: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Damit wird also die Detention zu einer Ausnahme von der Regel „Besitz“ und stellt im Verhältnis zu letzterem ein „minus“ dar[10]. Der Grund für diese scheinbar eigenartige Regelung der Besitz- bezw. Detentionsverhältnisse wird nur verständlich, wenn wir in Betracht ziehen, daß die Wissenschaft bei der Aufstellung von Rechtssätzen, wenn diese einen praktischen Wert haben sollen, vor allem den wirtschaftlichen Interessen Rechnung tragen muß. Mieter und Pächter in Rom gehörten den nichtbesitzenden Klassen an[11]. Sie besonders zu schützen lag kein Bedürfnis vor. Entzog ihnen der Vermieter die Sache, so waren sie wehrlos und konnten sich nur auf das Kontraktsverhältnis stützen. Pfandgläubiger dagegen waren meist wohlhabende Leute, und es lag sehr in ihrem Interesse, daß sie die Pfandsache sicher besitzen konnten, ohne fürchten zu müssen, daß sie ihnen vom Schuldner zu jeder Zeit wieder abgenommen werden konnte. Damit wäre ja auch der Zweck der Verpfändung illusorisch geworden.

Es sind also objektive Rechtssätze, welche die Fälle der Detention expressis verbis festsetzen. Denn das Gewöhnliche ist der Besitz, und nur da, wo es ausdrücklich gesagt ist, liegt Detention vor.

Innerhalb der Detention macht nun wieder Jhering[12] verschiedene Unterscheidungen und nennt zuerst die sog. „häusliche Detention“ als den Ausgangspunkt des Begriffs überhaupt[13]. Das häusliche Verhältnis zwischen pater familias einerseits und Hauskindern und Sklaven andererseits machte es notwendig, daß diese für den pater familias die tatsächliche Gewalt über Sachen haben konnten, ohne doch Besitzer zu sein. Von hier ausgehend erstreckte sich später die Detention, den wirtschaftlichen Bedürf-

10. Jhering a. a. O. S. 53.

11. Vgl. auch Fischer, Soll Kauf Pacht und Miete brechen. Der Aargau 1889 (auch in Verhandlungen des deutschen Juristentages 1888).

12. Kniep, Der Besitz des BGB. S. 19.

13. Dig. 41, 2 L. 49 § 1.

nissen entsprechend, auf kontraktliche Verhältnisse und zog dann immer weitere Kreise, indem sie anfangs nur auf Immobilien, bald auch auf Mobilien ausgedehnt wurde. Bei der Zulassung der Stellvertretung im Besitz durch Freie haben wir dann zu unterscheiden zwischen der von Jhering sog. „selbstnützigen" Detention und der „prokuratorischen". Zu der letzteren Kategorie gehören diejenigen, welche in irgendeinem Abhängigkeitsverhältnis zum Besitzer nur für ihn den Besitz ausüben[14], z. B. Dienstboten, Depositare, Prokuratoren, welch letztere wir uns nach Schloßmann[15] als eine Art Faktotum, das jemand bei sich angestellt hat, zu denken haben.

Auf dieser Stufe angelangt, hat die Detention dadurch, daß sie sich nunmehr auch auf Freie erstreckte, eine Ausdehnung gewonnen, die weit über den Rahmen des wirtschaftlichen Interesses hinausging. Das Wesen der Detention lag in der Nichtgewährung des Interdiktenschutzes. Dem Besitzer gegenüber war der Detentor machtlos. Mag auch die Detention für den Interessenschutz des Besitzers von bedeutendem Wert gewesen sein, so durfte dies doch nicht auf Kosten der Aufrechterhaltung des Friedens und der öffentlichen Sicherheit geschehen. Wenn die freien Detentoren meist niedrigen Standes waren, wie z. B. Freigelassene, so lag darin doch kein Grund, sie der Gewalt des Besitzherrn auszuliefern. Man kam deshalb zu der Erkenntnis, daß hier zugunsten der Detention Abhilfe geschaffen werden müsse. Das Ziel jeder Gesetzgebung ist, möglichstes Gleichmaß in der Verteilung des Rechtsschutzes zu erreichen und in diesem Sinne erhöhte man die Bedeutung der Detention in mehrfacher Hinsicht, teils dadurch, daß man einige Fälle der Detention zum Besitz erhob, teils dadurch, daß man sie gegen Machteingriffe schützte, indem man allgemein die actio iniuriarum und das interdictum quod vi aut clam als Schutzmittel der Detention anerkannte. Nunmehr war es auch dem Detentor möglich, sich dem Besitzherrn gegenüber in seinem Detentionsverhältnis zu behaupten.

Man sieht somit, daß die Detention bereits in der späteren

---

14. Dig. 41, 2 L. 18 pr.
15. Besitzerwerb durch Dritte S. 105.

Kaiserzeit ihres Hauptmerkmals, der völligen Schutzlosigkeit dem Besitzherrn gegenüber, entkleidet ist.

Greift man nun von den verschiedenen Arten der Detention, die wir kennen gelernt haben, die „häusliche“ und die „prokuratorische“ heraus, dann wird man, wenn man sich für einen Moment den § 855 BGB. vor Augen hält, in den dort gebrauchten Worten „Haushalt und Erwerbsgeschäft“ einen unverkennbaren Anklang an die beiden eben erwähnten Institute finden. Natürlich soll es uns fernliegen, behaupten zu wollen, daß zwischen diesen beiden Rechtsbegriffen ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil einmal unser Hauswesen von dem römischen so völlig verschieden ist und außerdem in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht ein Vergleich mit der damaligen Zeit ganz unmöglich ist. Dazu kommt, daß auch das deutsche Recht auf die Neugestaltung unserer heutigen Gesetze gerade in der Besitzlehre von bedeutendem Einfluß gewesen ist und wir wollen uns daher im folgenden der Betrachtung dieses Rechts zuwenden und sehen, welche Bedeutung diese Rechtsentwicklung für unseren „Besitzdiener“ hat.

§ 2.

Ein der römischen possessio („juristischer Besitz“) ähnliches Verhältnis ist im deutschen Recht die „Gewere“. Sie bedeutete dasjenige Verhältnis einer Person zur Sache, welches der Person die Legitimation gibt für das in Wirklichkeit oder auch nur vermeintlich hinter ihr stehende Recht[1]. Die Gewere ist also das von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache. Geschützt wird aber nicht die Sachherrschaft um ihrer selbst willen, sondern nur, wenn sie sich als eine solche darstellt, die die Präsumption der Berechtigung in die Erscheinung treten läßt. Denn das deutsche Recht kennt nicht wie das römische Recht einen absoluten Besitzschutz, sondern gewährt ihn nur dem, der die Gewere an der Sache hat[2]. Wann

1. Gierke, Deutsches Privatrecht S. 189 u. 19. Heusler, Inst. II S. 21.
2. Näheres hierüber siehe unten S. 16.

nun ein solches als „Gewere“ bezeichnetes Verhältnis vorliegt, bestimmt sich, nicht wie in Rom, nach der Art des Besitzerwerbs, sondern unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zwecks nach der Verwendung einer Sache. Demnach wurde eine Unterscheidung zwischen der Gewere an Mobilien und Immobilien gemacht. Die äußere Erkennbarkeit von Person zur Sache war im deutschen Recht entscheidend dafür, wer die Gewere hatte. Daher wurde die Gewere an Moblien nur durch das tatsächliche Innehaben, durch den Gewahrsam über die Sache begründet[3]. Bei Immobilien war es nicht möglich, am tatsächlichen Haben der Sache das Gewaltverhältnis zu erkennen. Daher gab man hier, dem wirtschaftlichen Zweck der Grundstücke entsprechend, die Gewere demjenigen, welcher die Nutzungen des Gutes hatte, wer es „in Nutz und Gelde hat“. Damit war dem Gewerebegriff eine Ausdehnung gegeben, hinter der die römische possessio wesentlich zurückstand. Auch Pächter und Mieter hatten nunmehr die Gewere und genossen somit Rechtsschutz auch gegen den Verpächter und Vermieter[4]. Denn es war ja die hauptsächlichste Bedeutung der Gewere, daß ihr Inhaber allen gegenüber solange geschützt war, bis ein anderer sein besseres Recht an der Sache nachwies. Erst mit diesem Nachweis trat der Verlust der Gewere für den anderen ein und hatte die Restitutionspflicht der Sache zur Folge.

War nun für die Gewere an Immobilien Voraussetzung der Bezug der Nutzungen aus dem Grundstück, so ergibt sich daraus, daß in Fällen, in welchen z. B. die Bewirtschaftung des Gutes anderen überlassen war, diese aber die Nutzungen nicht selbst hatten, sondern sie dem Herrn ablieferten, daß diese Personen auch nicht die Gewere haben konnten. Hatten sie aber diese nicht, so war ihre Inhabung rechtlich ohne Wirkungen und sie entbehrten daher auch des rechtlichen Schutzes, der nach wie vor nur dem Herrn gegeben wurde. Fälle dieser Art waren: Der Amtmann eines Landguts, der Wächter einer Burg, der Zolleinnehmer

3. Gierke, Fahrnisbesitz S. 4 ff., ders. Deutsches Privatrecht S. 191, Heusler, Gewere S. 278.

4. Gierke, Privatr. S. 192. Huber, Gewere S. 24 Anm. 81. a. A. Stobbe-Lehmann S. 192 und Heusler, Gewere S. 119.

einer Zollgerechtigkeit[5]. Alle diese Personen üben nur die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus, sie sind dem Gewereinhaber untergeordnet und ihm gegenüber schutzlos. Dieselbe Stellung ist auch denen zuzuschreiben, die im Hause, sei es als Dienstboten oder als Hauskinder, bewegliche Sachen für den Hausherrn innehaben[6].

Wir sehen somit, daß auch das deutsche Recht Lebensverhältnisse kennt, die der Besitzdienerschaft entsprechen, und daß die oben genannten Personen sich sowohl mit der prokuratorischen und häuslichen Detention des römischen Rechts vergleichen lassen und daß in unserem heutigen Besitzdienerbegriff noch der Grundgedanke des deutschen Rechts sich wiederfindet.

§ 3.

Die Kodifikationen, die mit der Savigny'schen Besitzlehre gleichzeitig entstanden sind, stehen größtenteils unter dem Einfluß seiner Theorie von dem Animus domini, während das A. L. R. eine Gestaltung zeigt, die viel germanischer ist, als seine Theorie und Praxis angenommen haben. Im österreichischen Gesetzbuch heißt es im § 309: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer." Denselben Gedanken spricht das sächsische Gesetzbuch im § 186 aus, wenn es sagt: „Wer eine Sache tatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber, und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigentum auszuüben, Besitzer derselben."

Auf demselben Standpunkt steht auch das preußische Allgemeine Landrecht. Dort heißt es in II Tit. 7 § 3: „Wer aber eine Sache, in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen . . . . . in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache." Und zwar wie § 7 desselben Titels sagt, „vollständiger Besitzer". Aber auch wer nur den Animus rem sibi habendi hat unter An-

5. Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 16.
6. Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 5 Anm. 9.
1. Vgl. Fischer, preußisches Privatrecht S. 178.

erkennung fremden Eigentums, gilt nach § 6 als Besitzer und zwar als „unvollständiger". Und endlich, wer den Animus rem alieno nomine habendi hat, der gilt als Inhaber (§ 2)[1]. Somit ist in dem A. L. R. der Begriff der römischen Detention unter dem Einfluß des deutschen Rechts in der Weise verändert, daß Inhabung zu eigenem Nutzen Besitz, Inhabung zu fremden Nutzen Detention ist. Die Folgen dieser Neuregelung des Besitzbegriffs sind bezüglich des Besitzschutzes die, daß ihn sowohl der vollständige wie der unvollständige Besitzer in vollem Umfang genießen (§§ 169, 175), daß dagegen der bloße Inhaber gleich dem Detentor des römischen Rechts schutzlos ist, jedoch mit der Einschränkung, die im § 145 zu Gunsten des bloßen Inhabers ausgesprochen ist.

Die Legaldefinition des Besitzes im Code civil, art. 2228, lautet: „La possession est la détention ou la jouissance d'une chose (ou d'un droit) que nous tenons (ou que nous exerçons) par nous-mêmes ou par un autre qui la tient (ou qui l'exerce) en notre nom." Zu dieser Formulierung bemerkt Planiol, Traité élément 1908, no. 2263: „les expressions sont insuffisantes, d'autant plus que le mot „détention" s'emploie dans un sens-technique, quand il est seul et dépourvu de qualificatif, pour désigner un état voisin de la possession proprement dite, mais distinct." Mit Recht tadelt Planiol diese Ausdrucksweise des Gesetzes: Denn es wird der Anschein erweckt, als wolle das Gesetz unterscheiden zwischen einfacher „détention" und einem qualifizierten Falle von détention, den es „possession" nenne. In Wirklichkeit will aber das Gesetz diese Unterscheidung garnicht machen, es erwähnt in den Bestimmungen des chap. II im titre 20 (De la préscription) überhaupt nur unsern „juristischen Besitz" und bedient sich der Vokabel „détention" nicht im juristisch-technischen Sinne, sondern nur als eines Wortes, das ein „Innehaben" bezeichnet. Im übrigen kommt es auf unsern Begriff der Detention nicht mehr zurück, noch weniger natürlich auf den des Besitzdieners. Nur etwas Negatives läßt sich noch aus dem art. 2228 entnehmen:

---

2. So auch Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts I § 157.

Da man juristischer Besitzer einer Sache auch dann ist, wenn „un autre la tient en notre nom", so geht daraus hervor, daß eben der andere nicht juristischer Besitzer ist; was er aber sei, ist nicht näher gesagt. Solche Fälle des posséder pour autrui (Art. 2231) mögen detentions- und besitzdienerartige Verhältnisse umfassen[2]. Den Animus rem sibi habendi (Animus domini) fordert Art. 2230 nur im Hinblick auf die préscription, nicht aber als begriffswesentliches Moment; allerdings muß dies élement intentionnel in der Person des juristischen Besitzers selbst vorhanden sein, während das élément matériel (corpus) auch „par un autre verwirklicht werden kann.

Zweites Kapitel.

Wir kommen nunmehr zur Behandlung des Besitzdienerbegriffs nach BGB. und wollen versuchen, aus dem § 855 BGB. die dem Besitzdiener typischen Merkmale zu entwickeln.

§ 4.

Seine Aufnahme in das BGB. verdankt der § 855 den Kritiken[1] des ersten Entwurfs, die sich mit großer Schärfe gegen die Zweckmäßigkeit des sich aus dem ersten Entwurf ergebenden Umfangs des Besitzschutzes aussprachen. Das ALR. hatte zwischen vollständigem und unvollständigem Besitz als des vollen Besitzschutzes teilhaftig und der nur in gewissen Beziehungen geschützten bloßen Inhabung unterschieden. Diese Unterscheidung gab man jetzt auf. Der erste Entwurf spricht nur von Besitz und Innehabung in dem Sinne, daß letztere die tatsächliche Gewalt bedeute, zu der noch der Wille, die Sache als die seinige zu haben, hinzukommen müsse, damit Besitz entsteht. Ueberall wo dieser Animus domini fehle,

---

1. z. B. Gierke, Entwurf eines BGB. S. 306 ff. Jhering, Besitzwille S. 492 ff. Strohal, Jahrbr. Bd. 29 S. 354 ff. Wendt, Archiv Bd. 74 S. 138 ff. Bähr, Kr. Vierteljahrsschr. Bd. 9 S. 486 ff.

liege Innhabung vor. In den Voraussetzungen also ganz Savigny entsprechend, dagegen in den daran geknüpften Rechtsfolgen aber durchaus entgegengesetzt. Der Rechtsschutz wird an das Moment der tatsächlichen Gewalt geknüpft, wie die Motive[2] es direkt aussprechen, und da diese stets bei dem Inhaber ist, so wird also ihm der Besitzschutz in uneingeschränkter Weise zugesprochen[3]. Der Inhaber ist nicht nur etwa Dritten gegenüber geschützt, sondern auch dem Besitzer gegenüber, denn „niemand darf . . . . ohne den Willen des Inhabers einer Sache demselben die Innhabung entziehen oder ihn darin stören" sagt § 814 und eine Ausnahme davon zu Gunsten des Besitzers findet sich nirgends. Auch wird kein Unterschied gemacht, ob Inhabung in eigenem oder fremden Interesse vorliegt, gleichmäßig kann sich jeder gegen Eingriffe des Besitzers wehren: den Kutscher, der vor meinen Augen auf meinem Pferde davonreitet, muß ich ruhig ziehen lassen, ich darf ihm nicht in die Zügel fallen und das Pferd wegnehmen, da ich mich ja verbotener Eigenmacht schuldig mache; wenn mir das Dienstmädchen den Eintritt in meine Wohnung verwehrt, so darf ich sie nicht gewaltsam öffnen, denn das Dienstmädchen als Inhaberin der Wohnung ist ja auch mir gegenüber geschützt.

Daß der I. Entwurf das gewollt habe, stellen u. a. Planck[4] und Bähr[5] sehr in Zweifel, geben aber zu, daß man aus der Fassung des Entwurfs zu dieser Auffassung gedrängt werde. An dieser Auffassung können auch die Motive nicht viel ändern. Denn an einer Stelle sprechen sie sich in ganz demselben Sinne aus. Dagegen finden sich wieder andere Stellen, welche auf eine Unterscheidung zwischen Innhabung in eigenem und in fremdem Interesse hindeuten. Auf S. 86 heißt es: „Ueber die natürliche Zurechnung fremder Rechtshandlungen nach ihren rechtlichen Wirkungen ist eine Bestimmung nicht getroffen und konnte wohl nicht getroffen werden, da es eine Frage der tatsächlichen Würdigung

2. Motive III S. 109.
3. S. §§ 814, 815, 816 des I. Entwurfs.
4. Kommentar z. BGB. S. 27.
5. Krit. Vierteljhrschr. S. 489 XI.

im einzelnen Falle bleibt, wie weit in der Handlung desjenigen, welcher sich einer anderen Person als eines Organes zur Hervorbringung natürlicher Wirkungen bedient, zu erblicken ist". Auf Seite 87 steht: „Man darf bei dem Besitzerwerbe nicht immer eigenen Besitzwillen fordern, und man darf den bloßen Inhaber, sofern dieser selbständig die tatsächliche Gewalt ausübt, nicht als unberechtigtes Organ behandeln, sondern man muß ihm eine durch verbietende Rechtsnormen geschützte Stellung einräumen." Dem entgegen steht aber wieder eine andere Stelle der Motive[6], wo aber nur von dem Inhaber schlechthin die Rede ist. Diese von der Kritik scharf gerügte Unklarheit über den Umfang des Besitzschutzes führte daher im II. Entwurf mit der Neuregelung des Besitzrechts zur Aufnahme des § 855, so wie wir ihn jetzt im BGB. vorfinden. Er lautet: „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf diese Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer." Um ihn verstehen zu können, wird es zunächst nötig sein, die Hauptmomente der neugestalteten Besitzlehre hervorzuheben.

§ 5.

Der Besitzbegriff des BGB.

a. Da das Gesetz eine Definition des Begriffs „Besitz" nicht gegeben hat, anstatt dessen vielmehr die Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes an den Anfang seiner Besitzlehre gestellt hat, so soll versucht werden, daraus auf die Erfordernisse des Besitzes zu schließen. § 854 sagt: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben", und § 856 lautet: „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert." Das entscheidende ist also in beiden Fällen die tatsächliche Gewalt. Demnach wäre man versucht, in den Worten „tatsächliche Gewalt"

6. Motive III S. 110.

die Definition für den Besitz zu finden. Wenn Anfang bezw. Ende des Besitzes von der Erlangung bezw. dem Verlust der tatsächlichen Gewalt abhängig sind, so ist das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt der Besitz. So will es in der Tat Planck[1]. Dagegen wendet sich mit Recht Bekker[2], wenn er sagt, wir würden bei Gleichsetzung von Besitz und tatsächlicher Gewalt zu dem Ergebnis kommen, daß nach § 854 die tatsächliche Gewalt durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben werde. „Derartiges sei dem Verfasser nicht anzusinnen." Umgekehrt würden wir dann auch im § 855 dazu kommen, daß, wer den Besitz ausübt . . . . nicht Besitzer ist[3]. Das wäre aber eine Konsequenz, die allein schon genügt, um das Fehlerhafte einer Identifizierung von Besitz und tatsächlicher Gewalt darzutun. Daß der Besitz ein Recht ist, wird ja in der Literatur jetzt fast allgemein anerkannt[4]. Die tatsächliche Gewalt aber als ein Recht zu bezeichnen, ist doch ganz unmöglich. Die tatsächliche Gewalt ist zunächst etwas rein faktisches, etwas außerhalb der Rechtsordnung Liegendes, auf der Natur der Dinge Beruhendes. Erst dadurch, daß das Gesetz den Begriff der tatsächlichen Gewalt aufnimmt, um gewisse Rechtsfolgen an ihr Vorhandensein zu knüpfen, entsteht das, was wir unter Besitz im Sinne des Gesetzes zu verstehen haben. Die tatsächliche Gewalt ist somit Voraussetzung für den Besitz, nicht aber selbst Besitz und nicht einmal ist Fortdauer der tatsächlichen Gewalt absolutes Erfordernis der Fortdauer des Besitzes. Zum Besitz wird die tatsächliche Gewalt erst durch die Anerkennung durch die Rechtsordnung, d. h. durch den von ihr gewährten Schutz. Als Argument für diese Auffassung mag auch noch der § 857 dienen: „Der Besitz geht auf den Erben über." Daß die tatsächliche Gewalt auf den Erben übergehen solle, kann das Gesetz nicht

---

1. A. a. O. S. 27, 28. Ebenso Biermann, Komm. z. BGB. S. 3.
2. Bekker, Aphorismen S. 16.
3. Vgl. Endemann, Lehrb. d. BGB. S. 170 N. 10.
4. Bekker, Aphorismen S. 16. Endemann a. a. O. S. 130 N. 15, der allerdings zwei Seiten des Besitzes annimmt, eine tatsächliche und eine rechtliche. Ebenso Bunsen, Archiv Bd. 23 S. 69 u. 70. Binder, Rechsstellung des Erben S. 47. Jhering, Jahrb. Bd. 32 S. 68. Fischer, Vortr. Heft III S. 23 Gierke, Privatr. S. 213.

bestimmen aus den oben erwähnten Gründen. Es muß also etwas anderes unter dem Uebergang des Besitzes verstanden werden. Auch Planck[5] gibt zu, daß in diesem Falle Besitz nicht gleich tatsächlicher Gewalt sein könne und sagt, der § 857 enthielte eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Eine Ausnahme wohl, aber nicht in dem von Planck verstandenen Sinne, daß die Bedeutung Besitz hier eine andere sei als in den übrigen Fällen, sondern nach der Richtung, daß im § 857 von der Voraussetzung für die Begründung des Besitzes, von dem Moment der tatsächlichen Gewalt, abstrahiert wird und das Gesetz hier ausnahmsweise aus Zweckmäßigkeitsgründen Besitz ohne tatsächliche Gewalt eintreten läßt. In einem anderen Sinne ist das Wort hier nicht gebraucht und ebensowenig braucht sich der Gesetzgeber dabei den Vorwurf einer ungenauen Ausdrucksweise machen zu lassen.

b) Eine zweite Ausnahme in diesem Sinne finden wir dann im § 855. Es ist die Kehrseite zu 857. Dort Besitz ohne tatsächliche Gewalt, hier kein Besitz trotz tatsächlicher Gewalt. Die mehrfach von der Literatur aufgestellte Behauptung, es handele sich hier um keine Ausnahme, sondern eine Ergänzung des § 854, führt uns auf den Begriff der tatsächlichen Gewalt, der im Folgenden festzustellen versucht werden soll.

Eine Definition des Begriffs „tatsächliche Gewalt" gibt das Gesetz ebensowenig wie vom Besitz. Und konnte es auch nicht geben. Denn bei der verschiedenartigen Gestaltung der Dinge, an denen tatsächliche Gewalt möglich ist, äußert sie sich auch entsprechend anders und deshalb war es nicht möglich, eine alles umfassende Definition des Begriffs zu geben. Wann also tatsächliche Gewalt vorhanden ist, ist Tatfrage, und je nach der Lage des Einzelfalles wird die Entscheidung darüber getroffen werden müssen. Zum Besitzerwerbe wird nur „die Herstellung eines gewissen äußeren Verhältnisses"[6] verlangt, welches das Gesetz als tatsächliche Gewalt bezeichnet. Nach der Verkehrsanschauung sei es dann zu beurteilen, ob das tatsächliche Verhältnis der

5. A. a. O. S. 28.
6. Protok. S. 3333.

Person zur in Besitz genommenen Sache ausreiche, um den Besitz als fortbestehend anzusehen[7]. Der Zweck des Besitzschutzes ist ja, „den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung, der Verhältnisse der Personen zu den Sachen zu bewahren“[8]. „Wer hat, muß vorab gesichert werden“, sagt Endemann; er ist der präsumptive Besitzer und wird geschützt. Dieser Schutz wird aber nicht an das bloße Raumverhältnis geknüpft, sondern nur dann, wenn nach der Verkehrsanschauung ein Schutzbedürfnis für dieses Verhältnis vorliegt. Das bloße Innehaben einer Sache ist noch nicht tatsächliche Gewalt. Die äußere Tatsache des Habens muß sich als ein Gewaltverhältnis darstellen, als ein Verhältnis, das die Person in den Stand setzt, ihre Macht dauernd[9] auf die Sache auszuüben, d. h. sie physisch zu beherrschen, sodaß sie die Möglichkeit hat, die Einwirkung anderer auf die Sache auszuschließen.

Wann dieser Zustand vorhanden ist, wird sich aber in vielen Fällen schwer erkennen lassen. Es allein von dem Gesichtspunkte des tatsächlichen Innehabens zu beurteilen, geht nicht an, da es auch eine große Zahl von Fällen gibt, in denen dieses Moment nicht den Ausschlag geben kann, man denke nur an Immobilien. Aber auch bei Mobilien werden sich oft Schwierigkeiten ergeben. Das bekannte Beispiel von dem Mann, der mit einer Axt in den Wald geht, veranschaulicht dies sehr gut[10]. Er kommt in den Wald und will einen Baum fällen. Er stellt sich vor den Baum, fällt ihn, um ihn dann mitzunehmen. Wann hat er die tatsächliche Gewalt erlangt? Mit dem ersten Beilhieb? Nein. Mit dem letzten? Auch nicht. Vielleicht mit dem Aufladen des Baumes auf die Schulter oder erst nachdem er ihn schon eine zeitlang getragen hat? Macht es einen Unterschied, ob der Mann fähig ist, den Baum zu tragen oder nicht? Alles dies läßt sich nach einer bestimmten Regel nicht entscheiden. Es muß ein anderer, allge-

7. Protok S. 3334.

8. Protok S. 3337.

9. Das ergibt sich schon aus dem Begriff Gewalt und auch aus dem § 856 Abs. 2. s. Crome, Lehrb. d. BGB. S. 37. Dernburg, Pand. S. 392. Planck a. a. O. S. 227. Landsberg, Lehrb. d. BGB. S. 682.

10. Vgl. Bekker, Jahrb. Bd. 34 S. 38.

meiner Gesichtspunkt gefunden werden, nach welchem diese Fälle zu beurteilen sind.

Die Verkehrsanschauung ist es, welche hier die Entscheidung zu treffen hat. Durch sie wird der Gewaltbegriff zu einem sozialen, „auf Lebenssitte und Erfahrungen beruhenden“[11] gemacht. Verkehrseinrichtungen, Sitten und Gebräuche, wie sie in einem bestimmten Gebiet durch das Zusammenleben der Menschen bedingt sind, geben der allgemeinen Anschauung die Richtung, nach der sich der Begriff der tatsächlichen Gewalt bestimmt. Damit ist diesem Begriff eine Entwickelungsfähigkeit gegeben, die es ermöglicht, ihn stets den sozialen und wirtschaftlichen Interessen des Volkes anzupassen. An folgendem Beispiel können wir deutlich sehen, welche Bedeutung der Verkehrsanschauung bei der Bestimmung des Begriffs der tatsächlichen Gewalt beizumessen ist. Nehmen wir z. B. an, jemand hat im Coupé mit seinem Plaid einen Platz belegt und sich für einige Zeit in den Speisewagen begeben; auf einer Station steigen mehrere Personen in das Coupé und sehen nur das Plaid liegen. Keinem Menschen wird es einfallen, es als herrenlos zu betrachten, weil die zugehörige Person es nicht in der Hand hat oder darauf sitzt. Jeder wird hier sofort erkennen, daß das Plaid nicht ohne Besitzer ist und sich jedes Eingriffs in dessen Machtsphäre enthalten. Die Verkehrsanschauung ist es auch hier wieder, welche die Erkenntnis der Unantastbarkeit der Sache schafft, da ja in anderer Weise das Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache nicht zum Ausdruck gebracht wird. Somit ergibt sich, daß wir unter tatsächlicher Gewalt nicht ein rein physisches Verhältnis von Person zur Sache zu verstehen haben, sondern eine von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache[12].

c) Durch die Zuhilfenahme der Verkehrsanschauung, wann tatsächliche Gewalt vorliegt, hat es sich daher erübrigt, einen

---

11. Goldschmid, Studien zur Besitzlehre S. 64. Aehnlich Planck a. a. O. z. § 854 N. 2.

12. Das Moment der Selbständigkeit, wie es Crome S. 24 und scheinbar auch Planck, indem er Besitz und tatsächliche Gewalt identifiziert, verlangen, gehört nicht in den Begriff der tatsächlichen Gewalt. S. auch Prot. S. 3343, Planck S. 30, Crome S. 28.

besonderen Willen zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt zu erfordern. Die Protokolle stehen in dieser Beziehung auf demselben Standpunkt wie Ihering[13], der regelmäßig in dem „corpus" schon einen Ergreifungswillen sieht. Aus praktischen Gründen wird aber vom Willenserfordernis ganz abgesehen, einesteils um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, und um auch rechtlich Willensunfähigen Besitzesschutz gewähren zu können[14]. Auf diese Weise ist es möglich, durch äußere, verkehrsübliche Einrichtungen den Erwerb der tatsächlichen Gewalt zu ermöglichen, ohne daß dabei auf einen Willen des Erwerbers Rücksicht genommen wird, z. B. Briefe, die in meinen Briefkasten gesteckt werden, oder Bücher, die mir während meiner Abwesenheit ins Haus geschickt werden, kommen in meinen Besitz, auch wenn ich nichts davon weiß. In allen diesen Fällen kann der Wille ebensogut nachfolgen, wie er überhaupt ganz fehlen kann, da er rechtlich irrelevant ist. Wenn ich also einem Schlafenden einen an ihn gerichteten Brief in die Tasche stecke, so hat er damit — also ohne jede Willensbetätigung — die tatsächliche Gewalt erlangt, nicht etwa erst wenn er erwacht, ihn vorfindet und ihn zu behalten beschließt[15]. Demnach können auch Geschäftsunfähige und Wahnsinnige, da es auf den Willen nicht ankommt, sehr wohl die tatsächliche Gewalt und damit Besitz erlangen[16], natürlich aber nur in dem Maße, als deren natürliche Willensfähigkeit überhaupt zur Ergreifung einer Sache ausreicht[17]. z. B. bei einem drei Monate alten Kinde wird man von der Möglichkeit, die tatsächliche Gewalt zu erlangen, nicht reden können, da man es nach allgemeiner Anschauung noch nicht für fähig hält, einen Ergreifungswillen zu betätigen[18]. Wir sehen also an den beiden Beispielen, von dem

---

13. S. oben S. 11.

14. Prot. S. 3335 u. 3336.

15. Dies ist aber in der Literatur sehr bestritten. S. hierüber Planck a. a. O. S. 32.

16. Denkschr. S. 109.

17. Planck S. 32. Fischer Vortr. S. 24. F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 69 und die meisten Kommentare. Auch A. Endemann a. a. O. S. 182 ff.

18. Vgl. Landsberg a. a. O. S. 624 Anm.

Schlafenden und dem Kinde, daß der Wille nicht gänzlich bedeutungslos ist. In beiden Fällen ist kein Wille vorhanden, und doch in dem einen Falle Besitz, in dem anderen nicht. Kommt es auch in vielen Fällen auf das tatsächliche Vorhandensein des Willens nicht an, so wird man doch für die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, die Möglichkeit eines derartigen Willens voraussetzen müssen. Diese Beurteilung richtet sich aber dann wieder nach der Verkehrsanschauung.

Es lassen sich aber auch wieder andere Fälle denken, in denen das Willensmoment eine wesentliche Rolle spielt. Man denke z. B. an die Fälle des § 867 BGB. Wenn ein fremder Hut in meinen Garten fliegt, ohne daß ich davon etwas weiß, so ist er zweifellos nicht in meinen Besitz gelangt. Erst wenn ich es erfahre und meinen Ergreifungswillen betätige, dadurch, daß ich den Hut an mich nehme, werde ich Besitzer. Es wird also je nach Lage des Falles der Wille erforderlich sein oder nicht, nur ist er kein rechtserheblicher, sondern ein natürlicher. „Der Besitzwille ist also kein unerläßliches und noch weniger ein selbständiges Erfordernis des Besitzerwerbs mehr. Er bedingt aber häufig die anderen Erfordernisse“[19].

Der Unterschied der Fälle des § 867 gegenüber den Fällen des Abgebens von Briefen etc. (S. 25) ist darin begründet, daß im Falle des § 867 die Sache ohne und sogar gegen den Willen des ursprünglichen Besitzers aus dessen Gewalt kommt und nun auf ein gewissermaßen neutrales Gebiet kommt; übt der Herr dieses Gebiets nun seinen Willen dahin aus, Besitz an der Sache zu erwerben, so ist dieser Wille ausschlaggebend. In den anderen oben erwähnten Fällen dagegen wurden die Betreffenden absichtlich in eine so nahe Beziehung zur Sache selbst gebracht, daß es auf ihren Willen zum Besitzerwerbe nicht mehr anzukommen brauchte.

An das Vorhandensein dieser soeben erklärten tatsächlichen Gewalt als des einzigen Erfordernisses zur Begründung des Besitzes werden die vom Gesetz bestimmten Rechtsfolgen geknüpft. Der Grundsatz, wer die tatsächliche Gewalt hat, wird geschützt,

19. Crome a. a. O. S. 28 Anm. 48.

ging aber in dieser Ausdehnung weit über den Rahmen des wirtschaftlichen Interesses hinaus. Und um diesen gerecht zu werden, wurde es nötig, in einer Beziehung von diesem Prinzip abzuweichen, indem man einer Kategorie von Personen den Besitzschutz entzog, obgleich sie die tatsächliche Gewalt haben. Dies sind die Personen des § 855, die wir im Folgenden nach Bekker[20] als „Besitzdiener" bezeichnen werden.

§ 6.

„Uebt jemand die tatsächliche Gewalt für einen anderen in dessen . . . . . aus, so ist nur der andere Besitzer". Darin sehen nun die einen eine Ergänzung bezw. Modifizierung des § 854, indem sie behaupten, daß der Besitzdiener nach § 855 gar nicht die tatsächliche Gewalt erlange, daß sie vielmehr der Besitzherr und nur dieser habe. Der Besitzdiener sei nur ein Hilfsorgan in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt, er selbst habe sie nicht[1]. Dieser Ansicht ist meines Erachtens nicht beizupflichten. Denn wenn der Besitzdiener garnicht die tatsächliche Gewalt hat, wozu dann überhaupt der § 855? Da ja der Besitz die tatsächliche Gewalt zur Voraussetzung hat, so kann ohne diese ein solcher garnicht entstehen, und dies sagt ja schon der § 854. Ferner aber: Der § 855 spricht dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt ausdrücklich zu. Wie läßt sich das mit dieser Ansicht in Einklang bringen? Endemann[2] erklärt es in der Weise, daß der Nachdruck auf den Worten „er ist nicht Beisitzer" liegt, und daß die Voraussetzung als scheinbar hingestellt, als „unjuristisch" gemeint sei. Danach müßte man also einen juristischen und einen unjuristischen Begriff der tatsächlichen Gewalt annehmen und

---

20. Strohal nennt die Personen des § 855 „unselbständige Inhaber" Jehrings Jahrb. Bd. 92 S. 357, Endemann nennt sie Besitzhalter a. a. O. § 33. Dernburg, Besitzgehilfe BGB. Bd. 3 S. 56.

1. So Endemann S. 131, 3.—5. Aufl. 1900; weniger entschieden in Aufl. 8 u. 9 1905 S. 171. Gärtner, Der gerichtliche Schutz S. 139. Planck a. a. O. S. 35, Bekker, Jahrb. Bd. 34, S. 43 Rhode, Studien im Besitzrecht Abschn. 20. Staudinger z. § 855 N. 2 u. 4 Komm. z. BGB.

2. S. 133 Anm. 7 von 1900, S. 170 N. 10 1905.

demgemäß unter der tatsächlichen Gewalt des § 855 eine andere verstehen als unter der des § 854. Die Anhänger dieser Ansicht nehmen dann demgemäß den „sozialen Gewaltbegriff" gleichmäßig für den § 854 und die Gewalt des Besitzherrn aus § 855 an, für den Besitzdiener dagegen einen sinnlich-wahrnehmbaren rein physischen. Daß dies aber nicht richtig ist, ergibt sich schon daraus, daß der Besitzdiener garnicht unmittelbarer Inhaber zu sein braucht. Wenn z. B. der Kutscher des Herrn seinem 18jährigen Sohn den Auftrag gibt, das im Hof stehende Pferd zu halten, selbst aber auf einige Zeit sich entfernt, so behält er trotzdem die tatsächliche Gewalt, ohne die Sache unmittelbar inne zu haben.

Vielmehr erscheint es mir zutreffender, in dem § 855 eine Ausnahme[3] von der Regel zu sehen, daß die tatsächliche Gewalt den Besitz begründe. Aber nicht in dem Sinne eine Ausnahme, wie Leonhard[4] es will, daß jemand als Besitzer gilt, der die tatsächliche Herrschaft nicht hat[5]. Abgesehen davon, daß wir uns damit der immerhin künstlichen Konstruktion Endemanns überheben, wird diese Auffassung auch dem Wortlaut des Gesetzes weit mehr gerecht. Das Gesetz deutet in keiner Weise an, daß es zwei verschiedene Gewaltbegriffe kenne, und man hat daher auch keine Veranlassung, einen garnicht vorhandenen Unterschied gewaltsam hineinzuinterpretieren. Der Gewaltbegriff des § 855 ist vielmehr genau derselbe wie im § 854, nur sind für diesen Fall durch besonderen Rechtssatz die Wirkungen, die sich regelmäßig an die tatsächliche Gewalt knüpfen, ausgeschlossen. Ausnahmsweise soll in den Fällen des § 855 ein anderer als der, welcher die tatsächliche Gewalt hat, als Besitzer anerkannt werden[6]. Der Grund für diese Ausnahme liegt darin, daß es „den Lebensregeln

---

3. Kipp b. Windscheid S. 786; Fischer-Henle zu § 855 N. 6. Dernburg BGB. S. 56; Biermann a. a. O. z. § 855; Wendt, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 87 S. 66; Isay, Geschäftsbesorgung S. 265; Meissner, BGB. S. 8; Turnau-Förster z. § 855; Liebezeit, Die Rechte des Eigentümers etc. S. 12; Sprenger, Besitzdiener S. 17 nimmt eine formelle Ausnahme an. S. auch Prot. S. 3340.

4. A. a. O. S. 65.

5. S. darüber die vorhergehenden Ausführungen.

6. Vgl. Prot. S. 3340.

nicht entsprechen würde, demjenigen den Besitzschutz zu gewähren, welcher die tatsächliche Gewalt für den anderen" ausübt"[7].

§ 7.

„Nur der andere ist Besitzer." Daraus ergibt sich, daß auch er die tatsächliche Gewalt haben muß. Das ist schon deshalb notwendig, weil er sonst den Besitz, der nach § 856 nur durch Aufgabe oder Verlust der tatsächlichen Gewalt verloren wird, überhaupt nicht verlieren könnte[1].

Wie verhält sich nun die tatsächliche Gewalt des Besitzers zu der des Besitzdieners? Daß sie beide dieselben sind wie die des § 854, also als soziale Begriffe aufzufassen sind, haben wir schon gesagt. Also können wir den Unterschied nur quantitativ, nicht qualitativ feststellen. Die Gewalt des Besitzers ist die umfassendere, sie schließt gewissermaßen die des Besitzdieners mit ein. Es ist nicht etwa so zu verstehen, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt nur hat, wenn sie der Besitzdiener nicht hat. Eben darin besteht ja die Gewalt des Besitzers, daß er jederzeit in der Lage ist, das Gewaltverhältnis des Besitzdieners aufzuheben und selbst in dasselbe einzutreten. Die beiden Gewalten bestehen zwar zeitlich nebeneinander, aber nicht gleichwertig, sondern stehen in einem Unterordnungsverhältnis zu einander. Der Diener, der meine Kleider reinigt, hat die tatsächliche Gewalt über die Sachen. Gleichwohl bedarf es nur eines Wortes meinerseits, um sie ihm zu entziehen. Der Gärtner, welcher mit meinen Gerätschaften den Garten in Ordnung bringt, hat zweifellos die Gewalt über diese. Aber ich habe sie deshalb nicht verloren. Will ich ihm die Geräte entziehen, so muß seine Gewalt als die schwächere meiner stärkeren weichen.

§ 8.

Nicht kraft eigenen, sondern kraft fremden Rechts übt der

---

7. Denkschr. S. 106.
1. Vgl. Planck S. 36 N. 1.

Besitzdiener die tatsächliche Gewalt aus[1]. Das ist der Sinn der Worte „für einen anderen“. Es darf dem Besitzdiener kein eigenes Recht auf Ausübung der Gewalt zustehen, denn dann ist er eben Besitzer und nicht Besitzdiener bezüglich der von ihm gehaltenen Sachen. So ist z. B. der Diener Besitzer seiner mitgebrachten Kleidungsstücke, seines Koffers usw. Denn sie unterstehen nicht der Gewalt des Herrn, nur der Diener ist in Beziehung auf diese Besitzer, trotzdem sie sich im Hause des Herrn befinden. Auf den Willen des Besitzdieners, die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn auszuüben, kommt es dabei nicht an. Wenn der Diener beschließt, die Sachen fortan für sich zu behalten, so hat dies auf seine Besitzdienerstellung gar keinen Einfluß. Das Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest gilt auch hier. Erst wenn er diesen Willen betätigt, indem er etwa sich weigert, die Sachen zurückzugeben, oder sie sich selbst anzieht, dann geht der Besitz für den Besitzherrn verloren und der Besitzdiener wird Eigenbesitzer[2]. Denn in dieser Betätigung des Dieners liegt die Aberkennung des tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisses und damit fehlt es an einem Haupterfordernis für die Besitzdienerschaft. Es ist also für das Wesen der Besitzdienerschaft ganz gleichgültig, ob der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt in eigenem oder fremdem Interesse ausübt[3]. Auch beim Verwahrer und oft beim Beauftragten wird nur fremdes Interesse vorliegen, und doch sind sie nach § 868 ausdrücklich Besitzer und nicht Besitzdiener. So ist z. B die Reichsbank Besitzerin der bei ihr hinterlegten Wertsachen, obgleich sie kein Interesse daran hat und andererseits ist der Diener, dem ein Zimmer zum Wohnen angewiesen wird, Besitzdiener desselben, obwohl er an demselben zweifellos ein eigenes Interesse hat[4].

---

1. Planck S. 37; vgl. auch Bekker, Jahrb. Bd. 34 S. 43,
2. So auch Rhode a. a. O. Abschn. 20 S. 16 u. 17.
3. Vgl. Biermann a. a. O. z. § 855 N. d, Planck S. 37; a. A. Landsberg a. a. O. S. 624, 2 a.
4. Vgl. Kosack, Lehrb. des BGB. S. 67.

§ 9.

Aber das Ausüben der tatsächlichen Gewalt für einen anderen genügt für die Besitzdienerschaft nicht. Es muß noch etwas anderes hinzukommen. Die tatsächliche Gewalt muß ausgeübt werden „in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen . . .“ Es wird also verlangt, daß die Person, welche die Gewalt für einen anderen ausübt, zu dieser in einem Verhältnis der genannten Art steht. Für die Beurteilung über die Bedeutung und Beschaffenheit dieses Verhältnisses gibt uns das Gesetz keinen sicheren Anhalt. Es kann und will auch nur die Direktive hierfür geben und beschränkt sich deshalb darauf, „die praktisch-wichtigsten Fälle hervorzuheben und überläßt es der Wissenschaft und Praxis, durch eine vernünftige Auslegung für die richtige Anwendung des § 855 (früher 797a) zu sorgen[1]“.

§ 10.

Sehen wir nun, wie man dieses Verhältnis aufzufassen hat. Darüber, daß das in Frage stehende Verhältnis ein Abhängigkeitsverhältnis sein muß, herrscht Einstimmigkeit in der Literatur. Ob es sich aber um ein Rechtsverhältnis oder ein rein tatsächliches handelt, darin gehen die Meinungen auseinander. M. E. ist für die Fälle der Besitzdienerschaft ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zu erfordern. Das Gesetz geht aus von den Fällen des täglichen Lebens, dem Haushalt und Erwerbsgeschäft. Das Dienstmädchen, das mit den Hausgeräten umgeht, der Angestellte, der die Waren verkauft, beide sind zweifellos Besitzdiener. Die Hausfrau kann dem Mädchen, der Geschäftsinhaber dem Angestellten Anweisungen geben, die ihren Intentionen entsprechen. Diesen muß Folge geleistet werden, andernfalls kann die Hausfrau bezw. der Herr die Sache wegnehmen, ohne sich verbotener Eigenschaft schuldig zu machen.

---

1. Prot. S. 3341.

Grundsätzlich stehen alle Sachen, welche durch Verfügung des Herrn sich in seinem Haushalt oder Erwerbsgeschäft befinden, in der tatsächlichen Gewalt desselben[1]. Dabei ist aber der Begriff des Haushalts und Erwerbsgeschäfts nicht zu eng zu fassen und keinesfalls mit dem Haus- oder Geschäftslokal zu identifizieren. Der Machtbereich des Herrn geht weiter. Wenn das Dienstmädchen für den Haushalt Einkäufe macht oder der Reisende sich unterwegs befindet, so gehören selbstverständlich auch diese Fälle unter die des Haushalts bezw. Erwerbsgeschäfts. Wir haben also in den Beispielen des „Haushalts und Erwerbsgeschäfts" nicht etwa eine örtliche Abgrenzung der Besitzdienerverhältnisse zu sehen. Von einer Territorialgewalt des Herrn kann daher nicht gesprochen werden[2]. Die örtliche Lagerung der Sachen ist ohne Bedeutung. Es kann an Sachen, die sich im Hause befinden, ebenso keinen Besitz des Herrn geben, z. B. an den Sachen des Dieners und andrerseits der Besitz fortdauern, obgleich sich die Sachen in einer großen Entfernung vom Erwerbsgeschäft befinden, z. B. an den Musterkoffern, die der Reisende mitführt[3]. Ebensowenig kann es daher umgekehrt für die Besitzdienerschaft darauf ankommen, daß der Herr sich in einer bestimmten räumlichen Nähe zum Besitzdiener befindet, wie es Leonhard[4] und Scherer[5] wollen, wenn sie den Prokuristen nur dann als Besitzdiener ansehen, wenn der Herr sich am Orte befindet, ihn sonst aber Besitzer sein lassen[6].

Wer nun innerhalb dieser Machtsphären die tatsächliche Gewalt über Sachen dieser Art neben dem Herrn erlangt, ohne ein selbständiges Recht dazu zu haben, der kommt damit bezüglich der betreffenden Sachen in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Herrn. Er behält die tatsächliche Gewalt an den Sachen, an denen nunmehr auch der Besitzdiener eine solche erlangt. Ueber

---

1. Vgl. Endemann a. a. O. 1905 S. 170. Biermann a. a. O. S. 11 N. c.
2. Vgl. Endemann a. a. O. 1905 S. 171.
3. R. G. in Jur. Wochenschr. v. 15. Juli 1909, S. 416. Staudinger a. a. O. z. § 855 N. 2 b.
4. Leonhard a. a. O. S. 77.
5. Scherer a. a. N. S. 13 N. 21; auch Planck S. 37.
6. Wie hier Dernburg, BGB. S. 57.

das Verhältnis dieser beiden Gewalten zu einander, ist schon oben[7] gesprochen worden. Es besteht also dieses Abhängigkeitsverhältnis nur so lange, als der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sachen hat. Entzieht der Herr dem Besitzdiener die Sache, so löst er auch damit das Abhängigkeitsverhältnis und die Besitzdienerschaft hört in dieser Beziehung auf. Wir haben uns also dieses Abhängigkeitsverhältnis nicht als ein allgemeingeartetes zu denken, sondern als ein solches, daß nur von Fall zu Fall in bezug auf die Sachen besteht, über die der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt hat.

Da wir ja den Begriff der tatsächlichen Gewalt als eine „soziale Gewalt" definierten und gesehen haben, daß wir eine solche auch beim Besitzdiener anzunehmen haben, so wird man regelmäßig z. B. dem Dienstmädchen für die Dauer ihres Dienstverhältnisses die tatsächliche Gewalt an den Küchengeräten zusprechen und insofern ein auch für diese Dauer vorhandenes Abhängigkeitsverhältnis annehmen können. Aber auf das obligatorische Verhältnis kommt es dabei nicht an. Es ist für die Besitzdienerschaft gänzlich bedeutungslos. Sofern wir nicht ein rein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis der eben erklärten Art haben, ist für die Besitzdienerschaft in einem bloß obligatorischen Verhältnis kein Tatbestandsmerkmal zu erblicken[8].

Das Abhängigkeitsverhältnis beruht also in den Fällen des Haushalts und Erwerbsgeschäfts auf der allgemeinen Anschauung, daß der Herr die tatsächliche Gewalt über die sich darin befindlichen Sachen hat; begründet wird die Besitzdienerschaft erst dadurch, daß der Besitzdiener seinerseits die tatsächliche Gewalt über die Sachen erlangt.

Diese beiden Momente sind festzuhalten, wenn man bei der Bestimmung der Besitzdienerschaft bei den über Haushalt und

---

7. S. 29 dieser Arbeit.

8. Ebenso Planck S. 37 u. Biermann S. 11 N. b. Ebenso wohl auch Meissner a. a. O. S. 8. Auch Endemann a. a. O. 1905 S. 170 leugnet das Erfordenis eines Rechtsverhältnisses. Er kommt aber, anders wie wir dazu gemäß seiner Auffasssung von der tatsächlichen Gewalt, die in den Fällen des § 855 der Besitztdiener überhaupt nicht habe, s. oben S. 27 dieser Arbeit, a. A. Binder a. a. O. S. 57 Anm. 76, Gärtner a. a. O.

Erwerbsgeschäft hinausgehenden „ähnlichen Verhältnissen“ eine einigermaßen feste Grenze finden will. Eine unbedingt sichere Abgrenzung läßt sich durch bestimmte Regeln nicht festsetzen. In einer großen Anzahl von Fällen werden Zweifel nicht beseitigt werden können und man wird deshalb vielfach kasuistisch verfahren müssen, um zu einer Entscheidung zu gelangen.

Wir haben gesehen, daß in den eben erörterten Fällen nach allgemeiner Ueberzeugung eine Herrschaftsgewalt oder Befehlsgewalt[9] innerhalb dieser Wirtschaftskreise begründet wird, und daß demgemäß alle darin tätigen Personen — soweit sie tatsächliche Gewalt in fremden Namen üben — in einem Unterordnungsverhältnis zu dem Herrn stehen. Analog muß nun auch für die ähnlichen Verhältnisse eine solche Herrschaftsgewalt vorhanden sein, kraft deren andere dem Herrn untergeordnet sind. Die Entscheidung darüber, wann dies der Fall ist, muß auch hier der Verkehrsanschauung überlassen bleiben. Das Befehlsrecht, auf dem dieses Abhängigkeitsverhältnis beruht, ergibt sich, wie Leonhard[10] sehr richtig sagt, „aus der tatsächlichen Auffassung des Lebens. Nach ihr beruht die Unterordnung auf sozialen Anschauungen“. Ueber die nähere Gestaltung des für die Besitzdienerschaft erforderlichen Abhängigkeitsverhältnisses sagt Strohal[11]: „Es soll ein Verhältnis sein tatsächlicher Unterordnung des Inhabers unter den Besitzherrn von solcher Beschaffenheit, daß, sofern der Inhaber den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbst handelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen.“ Dies entspricht den hier vorangegangenen Ausführungen.

Wenn nun Enneccerus-Lehmann[12] noch als weiteres Erfordernis des Abhängigkeitsverhältnisses eine gewisse Dauer erfordern, so ist m. E. auch dieses Moment zu berücksichtigen.

---

9. Leonharrd a. a. O. S. 64.

10. A. a. O. S. 63. Vgl. Planck S. 37, Biermann a. a. O. S. 10 N. 2; ebenso R. G. in jur. Wochenschr. a. a. O. und Staudinger z. § 855 N. 3 a. Rhode a. a. O. S. 27 will den übereinstimmenden Willen des Besitzdieners und Besitzherrn als Grundlage des Abhängigkeitsverhältnisses ansehen.

11. A. a. O., Jahrb. Bd. 38 S. 12.

12. Enneccerus Aehmann, BGB. S. 14.

Das ergibt sich schon aus unserer Auffassung von dem Begriff der tatsächlichen Gewalt. Da ja der Grund der Besitzdienerschaft nicht das Abhängigkeitsverhältnis, sondern die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners ist und diese auf dem Abhängigkeitsverhältnis beruht, so erklärt es sich von selbst, daß, was von dem einen gilt, auch für das andere maßgebend sein muß. Da nun aber nicht jedes, nur ganz vorübergehende[13] Innehaben der tatsächlichen Gewalt gleichzustellen ist, sondern für das Bestehen der letzteren auch eine gewisse, dem Gewaltbegriffe entsprechende Dauer hinzukommen muß, so können wir in diesem Sinne sagen, daß das Abhängigkeitsverhältnis von einer gewissen Dauer sein muß, wobei es nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist, in welchem Maße diese Dauer vorhanden sein muß[14].

§ 11.

Von der herrschenden Ansicht wird nun in diesem Abhängigkeitsverhältnis das Kriterium der Besitzdienerschaft gesehen[1]. Bestehen Zweifel, ob in einem Falle Besitzdienerschaft vorliegt oder nicht, so soll dieses Verhältnis maßgebend sein und je nach seinem Vorhandensein bezw. Nichtvorhandensein die Entscheidung getroffen werden.

Damit wird aber nicht immer ein befriedigendes Resultat erzielt werden. Denn kann man nicht zuweilen auch bei Fällen des § 868 von einer Abhängigkeit reden? Zweifellos! Auch der Verwahrer hat in gewissen Beziehungen den Weisungen des Hinterlegers Folge zu leisten[2]. Man kann ihm daher nicht unbedingte Selbständigkeit zuschreiben. Er kann nicht nach Belieben mit der hinterlegten Sache verfahren, sie für sich gebrauchen

---

13. Z. B. Es hält jemand meinen Schirm, während ich mir die Handschuhe anziehe.

14. Auf alle Modifikationen, die bezüglich des Abhängigkeitsverhältnisses in der Litteratur gemacht werden, kann hier nicht eingegangen werden.

1. Biermann a. a. O. zu § 855 N. 2 a, Planck a. a. O. S. 36; Strohal, Jahrb. Bd. 38 S. 12, Turnau-Förster a. a. O. 55; R. G. a. a. O. S. 416, Liebezeit a. a. O. S. 26. Oppenheim, Besitzdiener § 7; Sprenger a. a. O. § 5.

2. Dernburg, BGB. S. 56. Bekker, Jahrb. Bd. 34 S. 10.

oder verleihen usw. Sondern er ist eben darin ebenso wie der Besitzdiener von dem Herrn auch von den vom Hinterleger getroffenen Bestimmungen abhängig. Es kann also nicht für genügend erachtet werden, schon in dem Abhängigkeitsverhältnis allein das unterscheidende Merkmal der Besitzdienerschaft zu sehen. Läßt man allein das Abhängigkeitsverhältnis über das Vorhandensein der Besitzdienerschaft entscheiden, so wird das ganze Gewicht auf das Innenverhältnis, auf das Verhältnis zwischen Besitzdiener und Besitzherrn gelegt, während die äußere Seite dabei vollständig unberücksichtigt bleibt. Der § 855 ist ja aus praktischen Gründen eingeführt worden, einesteils, um dem Besitzer in gewissen Fällen eine erhöhte Sicherheit zu geben — das ist die innere Seite — und anderseits, um den Besitzdiener Dritten gegenüber nicht ganz schutzlos zu lassen — das ist die äußere Seite —. Wenn nun das Gesetz die beiden Fälle des Haushalts und Erwerbsgeschäfts nennt, so liegt darin m. E. ein Hinweis auf die äußere Seite. Wäre wirklich der § 855 nur auf das Innenverhältnis abgestellt, wie Biermann[3] sagt, dann wäre dies sicherlich zum Ausdruck gebracht worden. So aber wird durch die Verwendung der Worte „Haushalt“ und „Erwerbsgeschäft“ das äußere, sinnlich-wahrnehmbare Geltungsgebiet der Besitzdienerschaft gekennzeichnet. Daraus ergibt sich, daß es nicht schon für genügend erachtet werden kann, in dem Abhängigkeitsverhältnis allein das unterscheidende Merkmal der Besitzdienerschaft zu sehen.

§ 12.

Wir werden deshalb auch dieser äußeren Seite eine der inneren entsprechende Bedeutung beilegen müssen. Dies geschieht dadurch, daß wir als weiteres Erfordernis der Besitzdienerschaft zu dem Abhängigkeitsverhältnis noch die Erkennbarkeit desselben verlangen[1]. Diese wird in den meisten Fällen

3. A. a. O. S. 11.

1. Dernburg, BGB. S. 56; Fischer, Deutsche Jur. Zeitung Bd. 18 S. 364.

zu einer richtigen Beurteilung der Sachlage führen. Der Laie wird durch die praktische Erfahrung leicht in den Stand gesetzt, an äußeren Anzeichen zu erkennen, wann es sich um ein solches Verhältnis handelt, auf Grund dessen eine Person von der anderen derart abhängig ist, daß sie die Weisungen des anderen zu befolgen hat. Es soll aber dabei nicht etwa die Erkennbarkeit im einzelnen Falle entscheiden. Denn es wäre ganz verfehlt, wollte man es der Beurteilung des einzelnen in jedem Falle überlassen, ob Besitzdienerschaft vorliegt oder nicht und ihm gestatten, jenachdem es für ihn vorteilhafter ist, sich darauf zu berufen, er habe oder habe nicht erkannt, daß er es mit einem Besitzdiener zu tun habe. Es muß vielmehr objektiv nach der Verkehrsanschauung beurteilt werden, wann diese Erkennbarkeit vorliegt, ohne Rücksicht auf die Erkenntnisfähigkeit des Einzelnen im Einzelfalle.

In den Fällen des Haushalts und Erwerbsgeschäfts werden sich dabei wohl selten Zweifel ergeben. Und bei den diesen ähnlichen Verhältnissen gibt es sowohl bei denen, die nur das Abhängigkeitsverhältnis verlangen, als auch bei denen, die die Erkennbarkeit verlangen, Fälle, deren Entscheidung nie zweifelsfrei sein wird. Dabei ist es dann aber auch m. E. den praktischen Bedürfnissen entsprechender, stets da Besitz anzunehmen, wo das Abhängigkeitsverhältnis nicht klar erkennbar ist. Dies entspricht auch den Regeln der Besitzlehre, daß wir grundsätzlich da, wo tatsächliche Gewalt vorhanden ist, Besitz anzunehmen haben. Davon bildet der § 855, wie wir gesehen haben, eben doch nur eine Ausnahme. Daher dürfen diese Fälle auch nicht eine Ausdehnung annehmen, daß sie die Regelfälle überwiegen. Und durch das Plus, das wir in der Erkennbarkeit noch zu dem Abhängigkeitsverhältnis hinzufügen, werden die Fälle der Besitzdienerschaft auf das richtige Maß beschränkt.

Man hat also in der Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses das charakteristische Merkmal der Besitzdienerschaft zu suchen und damit ist auch das Hauptmoment für die Unter-

---

Gärtner a. a. O. S. 42 verlangt ebenfalls ein äußerlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis, jedoch muß dies ein Rechtsverhältnis snin.

scheidung des § 855 vom § 868 gegeben. Von dem Erfordernis einer Erkennbarkeit ist dort nicht die Rede. Entscheidend ist einzig und allein das innere Verhältnis zwischen mittelbarem Besitzer und Besitzmittler. Die dort vorhandene Abhängigkeit wird begründet durch das zwischen beiden bestehende Rechtsverhältnis[2]. Sein Inhalt ist für das Maß der Abhängigkeit ausschlaggebend. Die Obligation bezw. das dingliche Recht begründet für sich das Besitzmittlerverhältnis. Es ist also für die Fälle des § 868 nur das Innenverhältnis maßgebend, was auch die Fassung dieses Paragraphen zeigt, wenn er bei der Aufzählung von Beispielen, wie Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer, die Personen in ihrem Verhältnis zum mittelbaren Besitzer nennt, während in den im § 855 aufgezählten Beispielen gerade die äußere Seite zum Ausdruck gebracht wird.

Zu demselben Ergebnis, jedoch in ganz anderer Weise wie hier, gelangt Isay, der wegen seiner vollständig abweichenden Deduktionen bezüglich des § 855 hier nicht unberücksichtigt bleiben darf. Auch er sieht das Moment der Erkennbarkeit als das Kriterium der Besitzdienerschaft an und faßt das Resultat seiner Untersuchungen mit folgenden Worten zusammen: „Das determinierende Moment, welches den Tatbestand der Gestionsfälle des § 855 von dem der Fälle des § 868 unterscheidet, ist die für einen jeden dieser Fälle typische Offenkundigkeit der Gestion“[3]. Isay geht davon aus, daß die §§ 868, 855 im Verhältnis von lex generalis und specialis stehen[4], daß also die Fälle des § 855 in denen des § 868 enthalten seien. Das Kriterium des § 868 sieht Isay in dem zwischen mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnis, und da er ein solches auch im § 855 enthalten sieht, so könne darin eine Unterscheidung nicht gefunden werden. Daß der § 855 aber ein Rechtsverhältnis nicht erfordert, haben wir oben[5] gezeigt. Die Schwester, die dem Bruder den Haushalt führt, ist zweifellos Besitzdienerin, gleich-

2. Vgl. Endemann a. a. O. 1905, S. 161. Wendt, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 87 S. 45.

3. Isay, Geschäftsbesorgung S. 286.

4. A. a. O. S. 295.

5. S. 33 ff. dieser Arbeit.

wohl kann hier von einer rechtlichen Gebundenheit der Schwester nicht gesprochen werden. Da also bei dem Erfordernis des Rechtsverhältnisses für beide Paragraphen darin ein Unterschied nicht gefunden werden könne, sieht dann Isay, ebenso wie wir, in der äußeren Erkennbarkeit das entscheidende Merkmal des § 855. Während aber Isay das Moment der typischen Offenkundigkeit aus dem die Fälle des § 855 mitenthaltenden § 868 deduzierte, sind wir zu dem Erfordernis der äußeren Erkennbarkeit aus der selbständigen Betrachtung des § 855 gelangt. Daß Isay unter „typischer Offenkundigkeit der Gestion" dasselbe versteht, wie wir unter „äußerer Erkennbarkeit", zeigen seine Beispiele auf Seite 285.

§ 13.

Nachdem wir unter Hervorhebung der Hauptmomente der Besitzdienerschaft den Begriff aus § 855 abgeleitet haben, sollen im folgenden noch einige Anwendungsfälle erwähnt werden, deren Subsumierung unter den § 855 in der Literatur bestritten ist.

a) Die Vorstände von Korporationen werden von den einen[1] als Besitzdiener, von den anderen[2] als Besitzer des Gesellschaftsvermögens aufgefaßt. Die letztere Ansicht ist m. E. als die richtige anzusehen. Denn wenn es auch richtig ist, daß die Vorstände in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den Gesellschaften stehen und diese Abhängigkeit auch erkennbar ist, so ist sie doch immerhin keine solche, vermöge deren die Vorstände den Weisungen der Gesellschafter so unbedingt Folge zu leisten haben, wie es der § 855 verlangt. Sie besitzen in dem ihnen vermöge ihrer Stellung zugewiesenen Wirkungskreise eine Verfügungsfreiheit, die mindestens der des Verwahrers gleichkommt, wenn nicht noch größer ist, so daß man sie nicht als Besitzdiener betrachten kann.

---

1. Cosack a. a. O. S. 66. Dernburg, BGB. S. 58; Kipp bei Windscheid S. 788.

2. Biermann a. a. O. S. 36, Endemann a. a. O. 1995 S. 159. Leonhardt n. a. O. S. 63. Planck a. a. O. S. 35. Josef, Arch. f. bürgl. Recht Bd. 15 S. 286.

b) In noch höherem Maße muß dies vom Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter und Nachlaßverwalter gelten. Denn bei ihnen fehlt es überhaupt an jeder Abhängigkeit[3]. Ebenso ist auch der Vormund Besitzer des Mündelvermögens, soweit er die tatsächliche Gewalt darüber hat. Denn daß er von den Weisungen des Mündels nicht abhängig ist, ist selbstverständlich, und seine Abhängigkeit vom Vormundschaftsgericht hat natürlich für die Frage nach dem Besitzverhältnis zwischen dem Vormund und dem Mündel keine Bedeutung.

c) Die Fälle der sog. momentanen Detention, z. B. wenn jemand im Theater seinem Nachbar auf einen Augenblick das Opernglas gibt oder im Coupé ein Reisender einem anderen für einen Moment das Kursbuch überläßt, oder wenn jemand einem anderen eine Photographie zum Ansehen in die Hand gibt, kurz alle die Fälle, von denen Strohal[4] sagt, daß die Innhabung jemandem „nur ganz vorübergehend und innerhalb bestimmter Schranken und nur unter den Augen unter Aufsicht eines Besitzherrn überlassen ist". Er will also auf diese Fälle den § 855 angewendet wissen und ebenso sollen auch nach Endemann[5] diese Personen Besitzdiener sein. Dieser Auffassung kann aber nach den vorangegangenen Erörterungen nicht beigepflichtet werden. Denn ein Haupterfordernis des § 855 ist in all diesen Fällen nicht erfüllt, nämlich das der tatsächlichen Gewalt. Wenn ich meinem Nachbar für einen Augenblick das Opernglas gebe, so erlangt er damit auf keinen Fall die tatsächliche Gewalt im sozialen Sinne. Ich behalte dieselbe auch in der Zeit, während welcher der andere das Opernglas in der Hand hat. Aus diesem Grunde ist § 855 auf derartige Fälle nicht anzuwenden, nicht aber, wie Leonhard[6] sagt, deswegen, weil nach § 855 jemand Besitzer sei, der die tatsächliche Gewalt nicht habe und hier doch eine tatsächliche Gewalt des Besitzers vorhanden sei, eine Ansicht, die mit unserer Auffassung vom § 855 nicht vereinbar

---

3. A. A. Cosack a. a. O. S. 66.
4. Jahrb. Bd. 38 S. 12.
5. A. a. O. 1905, S. 171. Ebenso Fischer-Henle z. § 855 N. 3; Staudinger a. a. O. z. § 855, N. 3 b: Sprengler a. a. O. S. 62.
6. A. a. O. S. 165.

ist[7]. Es ist also dem momentanen Detentor weder Besitz noch Besitzdienereigenschaft zuzuschreiben[8]. Dies entspricht auch durchaus den praktischen Bedürfnissen. Der Zweck der Besitzdienerschaft ist ja, einen gewissen Schutz gegen Dritte zu verleihen. Ein solches Schutzbedürfnis liegt aber in allen diesen Fällen nicht vor. Der Herr ist ja stets selbst in der Lage, sich gegen Eingriffe Dritter zu schützen, die gegen den Detentor gerichtet sind, und deshalb braucht das Selbsthilferecht nicht auch noch dem Detentor eingeräumt zu werden.

Nach demselben Gesichtspunkte sind die Fälle des „Nebenbesitzes“[9], wie Logierbesuch, Tischgäste, die Besucher von Lesezimmern bezüglich der von ihnen benutzten Sachen zu beurteilen. Sie sind weder Besitzer noch Besitzdiener und genießen daher ebensowenig den Schutz Dritten gegenüber wie die Detentoren[10].

§ 14.

Was die rechtliche Stellung des Besitzdieners anlangt, müssen wir unterscheiden zwischen seiner Stellung dem Besitzherrn gegenüber und gegenüber Dritten.

Aus § 855 ergibt sich, daß der Besitzdiener nicht Besitzer ist, daß ihm also grundsätzlich der Besitzschutz versagt ist. Dieses Prinzip bleibt in seinem ganzen Umfang bestehen gegenüber dem Besitzherrn, denn der Besitzdiener besitzt ja für ihn. Daher können auch dem Besitzdiener Rechte irgendwelcher Art gegen den Besitzherrn nicht zustehen, insbesondere also auch kein Retentionsrecht[1]. Aber auch ein Selbsthilferecht hat er dem Besitzherrn gegenüber nicht. Denn dieses darf nur gegen verbotene Eigenmacht, d. h.

---

7. Biermann a. a. O. S. 10, 11; Goldmann-Lilienthal, Komm. z. BGB. S. 229 Anm. 3.

8. Ebenso Rhode a. a. O. S. 54 und 55; u. Liebezeit a. a. O. S. 27.

9. Gärtner a. a. O. S. 144.

10. Anders Gärtner S. 144, der diese Personen zwar auch nicht unter § 855 bringt, ihnen aber aus einem Schutzbedürfnis dieselbe Stellung wie dem Besitzdiener etnräumt. Auch Kniep a. a. O. S. 36; rechnet diese Personen auch unter § 855.

1. Prot. S. 3341.

gegen objektiv rechtswidrige Eingriffe in die Sache ausgeübt werden, und das ist schlechterdings auf seiten des Besitzherrn unmöglich, bei einer Sache, deren Alleinbesitzer er ist.

Auch Dritten gegenüber gilt der Besitzdiener nicht als Besitzer. Trotzdem ist hier seine Stellung nicht gänzlich schutzlos. Der § 860 gesteht ihm ausdrücklich „das dem Besitzer zustehende Selbsthilferecht zu, macht ihn aber dadurch nicht zum Besitzer, denn den Gerichtsschutz erhält er nicht und ebensowenig gelten für ihn die Eigentumsvermutungen aus § 1006. Auch hat er ja das Selbsthilferecht nicht aus eigenem Recht, sondern aus dem Recht dessen, für den er besitzt[2]. So lange der Besitzdiener das Selbsthilferecht mit dem Willen des Besitzherrn ausübt, — den man allgemein so lange vermuten kann, bis nicht das Gegenteil ausdrücklich erklärt wird —, macht es keinen Unterschied, ob man das Selbsthilferecht als ein selbständiges auffaßt oder nicht. Die Bedeutung dieser Frage zeigt sich erst, wenn der Besitzherr die Ausübung des Selbsthilferechts verbietet. Da der Besitzdiener den Weisungen des Herrn Folge zu leisten hat, so muß sich die Gehorsamspflicht auch auf die Ausübung des Selbsthilferechts erstrecken, das ja nur den Interessen des Herrn dient. Verbietet ihm daher der Herr die Ausübung dieses Rechts, so kann es der Besitzdiener nicht gegen den Willen des Herrn geltend machen. Stellt sich aber ein Eingriff Dritter in die Rechte des Besitzherrn gleichzeitig auch als ein Angriff auf die Persönlichkeit des Besitzdieners dar, dann stehen ihm natürlich wie jedem anderen die Rechte aus den §§ 227 und 228 BGB. selbständig zu.

Daß der Besitzdiener den Gerichtsschutz nicht hat, ergibt sich daraus, daß ihm die Selbsthilfe ausdrücklich zugestanden wird, es also keineswegs für selbstverständlich galt, daß er dieses habe. Da wir bei den possessorischen Klagen keine entsprechende Bestimmung haben, so können wir auch nicht annehmen, daß sie dem Besitzdiener zukommen. Dem widerspricht Isay[3], der, von

---

2. Vgl. Biermann a. a. O. S. 19; Planck a. a. O. zu § 860. Strohal, Jahrb. Bd. 38 S. 51. Turnau-Förster a. a. O. z. § 860; a. A. Endemann a. a. O. 1905, S. 174 und Isay a. a. O. S. 287.

3. A. a. O. S. 192 ff.

dem Standpunkt ausgehend, daß die Fälle des § 855 unter die des § 868 gehören und somit die Besitzdiener auch Besitzer seien, possessorischen Schutz zuerkennt. Dagegen wendet Leonhardt[4] ein, daß schon der § 860 gegen eine solche Auffassung spreche. Da am Ende des § 860 der „individuelle" Besitzer gemeint sei, so könne nicht am Anfang ein anderer — der typische — Besitzer gemeint sein, woraus sich ergebe, daß der Besitzdiener nur die seinem Herrn zustehenden Befugnisse ausübe.

Folgerichtig kommt dann schließlich Isay dazu, dem Besitzdiener die Passivlegitimation sowohl für die Klagen aus dem Eigentum als auch für die Besitzklagen zuzuerkennen, was mit unserer Auffassung völlig im Widerspruch steht.

ZWEITER TEIL.

Die Rechte des Eigentümers oder früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers.

Wir haben am Ende des ersten Teils gesehen, welche Stellung der Besitzdiener ganz allgemein Dritten gegenüber einnimmt, und waren zu dem Ergebnis gekommen, daß dem Besitzdiener die Passivlegitimation bei Klagen aus dem Eigentum bezw. Besitz nicht zuzuerkennen sei.

Unsere Aufgabe ist es nun, in diesem Abschnitt im einzelnen zu untersuchen, inwieweit der Eigentümer bezw. frühere Besitzer die Rechte, die er gegen den gegenwärtigen Besitzer hat, auch gegen den Besitzdiener geltend machen kann.

Erstes Kapitel.

Ansprüche, die mittels Gerichtsschutzes durchzusetzen sind.

§ 15.

Der Eigentumsanspruch (§ 985) und der petitorische Anspruch aus früherem Fahrnisbesitz (§ 1007).

I. Die rei vindicatio und die actio Publiciana.

Die rei vindicatio des römischen Rechts bezeichnet man allgemein als die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen

4. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 44 S. 423.

den besitzenden Nichteigentümer, obgleich es nicht unbestritten ist, ob nicht auch der Eigentümer als juristischer Besitzer gegen den Detentor mit dieser Klage vorgehen kann[1]. Jedenfalls wird die obige Formulierung der Klage den Regelfall bilden und damit sind die Voraussetzungen für die Klage gegeben. Sie stützt sich auf das Eigentum und daher muß der Kläger Eigentümer sein und den Besitz ohne seinen Willen verloren haben. Der Beklagte muß, da ja die Klage auf Herausgabe geht, Besitzer der Sache sein und sie dem Kläger vorenthalten. Obgleich nun als Besitzer nach römischen Recht nur der juristische Besitzer galt, gab man dennoch für die rei vindicatio auch dem Detentor die Beklagtenrolle[2]. Dem Eigentümer sollte die Verfolgung seines Anspruchs nicht erschwert werden und daher soll er von jedem, der die Möglichkeit der Herausgabe hat, die Sache verlangen können. Anderseits konnte die Verpflichtung des Detentors, sich auf die Klage einzulassen, demjenigen gegenüber zu Nachteilen führen, für den er detinierte, für den juristischen Besitzer, der doch an dem Prozesse in erster Reihe interessiert war. Deshalb wurde von Konstantin[3] dem Detentor die Möglichkeit gegeben, sich durch Benennung seines Auctors von der Beklagtenrolle zu befreien und dem Besitzer den Prozeß zu überlassen.

Wie befremdlich es auch erscheinen mag, daß man bei der sonst so scharfen Trennung von Besitzer und Detentor für den Eigentumsprozeß beide gleichmäßig als Passivlegitimierte anerkannte, so findet diese Bestimmung doch eine gewisse Rechtfertigung in dem fictus possessor. Nicht immer mußte der Beklagte Besitzer sein. Wer dolos vor Prozeßbeginn den Prozeß aufgegeben hatte[4], wurde ebenso verurteilt, wie ein Besitzer. Das gleiche galt von dem, der sich arglistig, ohne Besitzer zu sein, auf den Prozeß eingelassen hatte, qui liti se obtulit[5]. Einem, der nicht besaß, die Beklagtenrolle zu erteilen, war deshalb möglich, da nach dem Grundsatz: omnis condemnatio est pecuniaria

1. S. Windscheid, Pand. S. 986 ff.; Dernburg, Pand. S. 522 ff.
2. Dig. 41, 2 L. 9; 6, 1 L. 9.
3. 3, 19 L. 2 C. in ubi rem.
4. Dig. 50, 17 L. 131.
5. 6, 1 L. 25, 27.

auch die rei vindicatio, obgleich Arbitrarklage, letzten Endes auf Geld ging, da ja eine Vollstreckbarkeit des arbitrium ausgeschlossen war. Brauchte also der Beklagte nicht immer Besitzer zu sein, so war es begreiflich, daß man auch die Detentoren für die rei vindicatio als passiv legitimiert ansah.

Bei der Schwierigkeit, die der Eigentumsbeweis bei der rei vindicatio in vielen Fällen des derivativen Erwerbs bot, lag es für den klagenden Eigentümer nahe, sich da, wo es angängig war, einer anderen, sich nicht auf das Eigentum gründenden Klage zu bedienen, die zu demselben Ziele führte und ihn gleichzeitig des schwierigen Eigentumsbeweises überhob.

Es ist die actio Publiciana. Sie verfolgte denselben Zweck wie die rei vindicatio, also Wiedererlangung des verlorenen Besitzes, gründete sich aber auf das Besitzrecht und setzte daher beim Kläger nur voraus, daß er den für die Ersitzung erforderlichen Besitz gehabt hat, nur daß die Zeit, die für die Ersitzung verlangt wurde, in Wirklichkeit noch nicht abgelaufen war und daher für diese Klage fingiert wurde. Es war also die Publiciana eine Klage des „werdenden Eigentümers“. Nicht auf die äußere Tatsache des Habens kam es an, sondern auf das innere Verhältnis zwischen Person und Sache. Im Grunde hatte also die Publiciana einen absoluten Charakter, während das Moment der Relativität nur in beschränktem Maße von Bedeutung war. Aktiv legitimiert für diese Klage war nur derjenige, welcher Besitzer einer res habilis war und sie gutgläubig mit Erwerbstitel erlangt hatte. Da aber nur juristischer Besitz zur Ersitzung führen konnte, so konnte auch nur dieser die Klageberechtigung für die Publiciana geben. Aus der Natur dieser Klage ergibt sich, daß Beklagter jeder sein konnte, der nicht ein gleiches oder besseres Recht nachwies. Also keinesfalls ging die Klage gegen den Eigentümer[6] und ebensowenig griff sie gegen denjenigen durch, welcher ein besseres Recht zum Besitz nachweisen konnte. Im übrigen aber richtete sich die Passivlegitimation nach den Grundsätzen der rei vindicatio, wie sich aus der Quellenstelle 6, 2 L. 7 § 8

6. Dig. 6, 2 L. 17: Publiciaua actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur.

ergibt: „In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.“ Also auch mit der Geltendmachung des Rechts aus der Publiciana konnte der Kläger gegen den prokuratorischen Detentor vorgehen.

II. Die Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere.

Im deutschen Recht[7] haben wir keine besondere Klage für den Eigentümer. Der Begriff des Eigentums trat hier nicht mit solcher Schärfe hervor, wie das in Rom der Fall war. Während die Römer in der Berücksichtigung des Eigentums dem inneren Verhältnis der Person zur Sache die hauptsächlichste Bedeutung beilegten, kam es im deutschen Recht mehr auf das sichtbare, das äußerlich erkennbare Verhältnis von Person und Sache an, und daher kann man von Schutz des Eigentums nur insoweit reden, als die Klagen aus der Gewere auch dem Eigentümer zustehen. Darin finden wir eine Abweichung vom römischen Recht hinsichtlich der Aktivlegitimation, indem die Klägerrolle ausschließlich durch den Verlust der Gewere bedingt ist. Da nun die Klage auf Wiedererlangung der Gewere geht, so ergibt sich damit, daß Beklagter nur sein kann, wer die Gewere hat[8]. Wer also bloßer Detentor ist, wie z. B. der Verwalter eines Gutes, der hat die Gewere nicht und kann deshalb auch nicht passiv legitimiert sein. Aber diese Wirkung der Klage, daß gegen jeden Gewereinhaber vorgegangen werden kann, tritt nur ein im Falle des unfreiwilligen Verlusts der Gewere, während man bei der Klage aus freiwilliger Hingabe der Gewere nur gegen den Vertrauensmann, dem man die Gewere eingeräumt hat, klagen kann, selbst dann, wenn dieser Vertrauensmann die Gewere seinerseits wieder verloren hat. Zur Klagebegründung gehört bei dem dinglichen Charakter der Klage zunächst die Behauptung, daß die Sache „sein“ sei, und ferner bei der Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere — die ja für uns allein von Wichtigkeit ist —, daß die

7. Gierke, Deutsches Privatr. S. 52 ff. Heusler, Inst. S. 209 ff. Stobbe-Lehmann II 1 § 92; Förster-Eccius, Preuß. Privatr. § 180; Bruns, Besitzklage S. 226 ff.

8. Heusler a. a. O. S. 43; Stobbe-Lehmann S. 209.

Sache ohne seinen Willen aus seiner Gewere gekommen sei. Ursprünglich nur bei Diebstahl und Raub zulässig, wurde die Klage später auf jede Art des unfreiwilligen Verlustes ausgedehnt. Ihr Ziel ist, wie schon gesagt, Wiedereinräumung der Gewere. Da das Obsiegen in diesem Prozesse davon abhängt, wer das bessere Recht auf die Gewere nachweist, so stellt sich die deutschrechtliche Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere als eine Klage aus dem besseren Besitzrecht dar und bildet so, wie wir sehen werden, die Grundlage für die Klage aus § 1007 BGB.

III. Die Klagen im gemeinen Recht.

Im gemeinen Recht finden wir die rei vindicatio wie die actio Publiciana in unveränderter Form vor, so wie sie das justinianische Recht gestattet hatte. Aber diese hatte die Bedeutung, die sie im römischen Recht hatte, fast gänzlich verloren, und zwar durch den erweiterten, petitorischen Charakter, den das possessorium ordinarium im kanonischen Recht durch Zulassung von Einreden aus dem besseren Besitzrecht angenommen hatte, ist aber nicht gänzlich verschwunden.

IV. Die Eigentumsfreiheitsklage und die preußische „Publiciana“ des allgemeinen Landrechts.

In den einzelnen Partikularrechten hatte man sich teils an deutschrechtliche, teils mehr an römischrechtliche Prinzipien gehalten. Das Allgemeine Landrecht hat einen Mittelweg eingeschlagen, indem es sowohl inbetreff des Eigentumschutzes als auch des Besitzschutzes das deutsche und römische Recht in zweckentsprechender Weise verschmolz.

Die Rei vindicatio des Allgemeinen Landrechts hat fast römische Form. Der deutschrechtliche Grundsatz „Hand wahre Hand“ wurde aufgegeben und an dem römischen „ubi rem meam invenio, ibi vindico“ festgehalten. Dagegen wurde vom deutschen

---

9. ALR. I. Tit 15 § 26.

Recht der Lösungsanspruch des redlichen Besitzers gegen den Eigentümer aufgenommen[9]. Aktiv- und Passivlegitimation waren entsprechend denen des römischen Rechts, da es in I. 15, § 1 ausdrücklich heißt: „Von jedem Inhaber und Besitzer."

Die sog. „preußische Publiciana" hat ihren Charakter wesentlich deutschrechtlich gestaltet. In ihr finden wir die Usucapionserfordernisse der gemeinschaftlichen Publiciana beseitigt, und durch die Aufnahme des deutschrechtlichen Prinzips der Relativität ist ihr Geltungsbereich bedeutend erweitert worden. Das bessere Recht soll nunmehr entscheiden, wer in dem Prozesse obsiegt[10]. Sie steht daher allen, also sogar dem Inhaber zu, da er ja einem ohne jeden Rechtsgrund Besitzenden gegenüber noch immer besser berechtigt ist[11]. Was die Passivlegitimation bei dieser Klage anlangt, so spricht § 161 Tit. 7 ausdrücklich vom Besitzer als Beklagten und auch § 165 eod. zeigt deutlich, daß es dem bloßen Inhaber an der Passivlegitimation fehlt, da er seinen Auctor zu benennen verpflichtet ist und im Unterlassungsfall sowohl dem Kläger als dem Besitzherrn haftet (§ 166).

V. Die Klagen aus § 985 und § 1007 BGB.

a) Der Eigentumsanspruch aus § 985 BGB. ist im Wesentlichen der römisch-gemeinen Rei vindicatio nachgebildet, jedoch mit gewissen Einschränkungen. Die absolute Wirkung der Rei vindicatio, die Sache von jedem dritten Besitzer heraus verlangen zu können, ist durch die Aufnahme des deutsch-rechtlichen Handwahre Hand-Prinzips bedeutend herabgemindert. Gutgläubige Dritte erwerben Eigentum und können daher nicht belangt werden. Jedoch erleidet diese Einschränkung eine Ausnahme, indem der Eigentumserwerb an gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen ausgeschlossen ist. Eine Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien wird, wie im römischen Recht, prinzipiell auch hier nicht gemacht, jedoch ergeben sich durch die sonst vielfach verschiedene Behandlung von

10. ALR. I. Tit. 7 § 161.
11. ALR. I. Tit. 7 § 162.

beweglichen und unbeweglichen Sachen manche Unterschiede. Durch das Prinzip des öffentlichen Glaubens (§ 891 BGB.) ist der Eigentumsbeweis bei der Vindikation von Immobilien durch die Berufung auf die Eintragung ohne jede Schwierigkeit. Dagegen gestaltet sich die Beweisfrage bei Mobilien erheblich komplizierter, was durch die auf deutschrechtlichen Gedanken beruhenden Eigentumsvermutungen aus § 1006 BGB. bedingt ist.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der heutigen Eigentumsklage und der römischen ist der, daß mit der Klage auf Herausgabe nicht gleichzeitig die Feststellung des Eigentums verbunden ist[12]. Natürlich wird auch, soweit es sich um die Herausgabe handelt, eine Feststellung über die Eigentumslage erfolgen müssen, aber dies ist unter Umständen nur eine vorläufige, und die Rechtskraft des Urteils umfaßt diese Feststellung nicht mit, sodaß der Eigentümer in die Lage kommen kann, in einem künftigen Eigentumsprozeß demselben Beklagten gegenüber sein Eigentum von neuem beweisen zu müssen. Es wird daher zweckmäßig sein, die Eigentumsklage mit der Klage aus § 256 ZPO. zu verbinden, was ja durchaus zulässig ist[13].

Für die Aktivlegitimation der Eigentumsklage gilt dasselbe wie bei der Rei vindicatio.

Dagegen wird für die Passivlegitimation zu untersuchen sein, ob sie nach BGB. die gleiche Ausdehnung hat wie nach römischen Recht. Die Klage ist ihrem Zweck entsprechend gegen denjenigen gerichtet, der, ohne Eigentümer zu sein, die Sache besitzt. Dazu gehört unzweifelhaft der unmittelbare Besitzer, und, wie jetzt allgemein anerkannt wird, auch der mittelbare Besitzer[14].

Was nun den Besitzdiener anlangt, so ergibt sich schon aus unserer ganzen Auffassung vom § 855 BGB., daß der Besitzdiener als rechter Beklagter der Eigentumsklage nicht anzusehen ist[15].

---

12. Mot. S. 396.

13. Dernburg, BGB. S. 419; Plank S. 299; Meisner a. a. O. S. 135 u. 136; Sydow-Busch, ZPO. S. 354 N. 2.

14. Endemann a. a. O. 1905 S. 586; Planck a. a. O. S. 300; Biermann a. a. O. S. 189; Fischer-Henle a. a. O. z. § 985 N. 2; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 53; Strohal, Jahrb. Bd. 38 S. 44; dagegen Wendt, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 87 S. 68 ff.

15. Crome a. a. O. S. 406; Planck a. a. O. S. 300; Fischer-Henle, z.

Die Herausgabe kann nur von dem die Sache vorenthaltenden „Besitzer“ verlangt werden. Nun ist aber der Besitzdiener gar nicht Besitzer und enthält auch dem Eigentümer die Sache nicht vor. Denn er hat ja die Sache nur für seinen Herrn inne, welcher der allein Berechtigte ist. Da der Besitzdiener den Weisungen seines Herrn zu folgen hat, so fehlt es ihm an jeder freien Verfügungsbefugnis über die Sache und daher hat er auch nicht das Recht, ohne den Willen des Besitzherrn die Sache herauszugeben. Daher ist die Klage gegen den Besitzdiener abzulehnen und gegen den Besitzer zu richten. Die Verwirklichung des Anspruchs erfolgt in der Weise, daß mit dem gegen den Besitzer gerichteten vollstreckbaren Titel die Zwangsvollstreckung ohne weiteres gegen den Besitzdiener vorgenommen werden kann. Es bedarf nicht etwa einer Ueberweisung des Anspruchs auf Herausgabe nach § 866 ZPO. Denn der Besitzherr ist eben selbst Besitzer der Sache, die der Diener inne hat, und es kann daher von einem Anspruch des Besitzherrn gegen den Besitzdiener keine Rede sein, was ja nichts anderes bedeuten würde, als daß der Besitzer einen Herausgabeanspruch gegen sich selbst hätte.

Alles dies gilt aber nur für die Fälle, in denen die Besitzdienerschaft unzweifelhaft ist. Wir haben aber schon im ersten Teil gesagt, daß es eine große Anzahl von Zweifelsfällen gibt, die von den einen unter § 855, von den anderen unter § 868 subsumiert werden. Für diese Fälle sollte immer eher Besitz angenommen werden[16]. Wenn also in einem solchen Falle Klage erhoben wird, dann wird es an dem Besitzdiener sein, seine Stellung als solcher nachzuweisen. Tut oder kann er dies nicht, dann werden wir ihn als passivlegitimiert anzusehen haben[17] und direkt von ihm, unter Ausschluß des Besitzherrn, die Herausgabe verlangen können. Das ist auch im Interesse des Eigentümers durchaus gerechtfertigt. Denn wollte man von ihm den Beweis ver-

---

§ 985 N. 2; Biermann a. a. O. S. 189; a. A. Endemann a. a. O. 1905 S. 895, der schon in der Annahme der Beklagtenrolle eine Besitzentziehung sieht. Isay S. 299 ff.; gemäß seiner Auffassung von § 855 als in § 868 enthalten; Landsberg a. a. O. S. 670 ohne Begründung.

16. S. S. 37 dieser Arbeit.

17. Crome a. a. O. S. 406; Biermann a. a. O. S. 189, 2.

langen, daß der die Sache Vorenthaltende „Besitzer“ ist, so würden das eine Erschwerung für den Kläger bedeuten, die dem Zweck der Eigentumsklage nicht gerecht werden würde.

b) Will der Eigentümer seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache nicht auf sein Eigentum stützen, so kann er sich für den Fall, daß er die Sache schon früher im Besitz gehabt hat, des Rechtsmittels bedienen, das seine Wirksamkeit in erster Reihe davon abhängig macht, daß der Kläger Besitzer der Sache war. Das ist die Klage aus § 1007 BGB. Sie lehnt sich in ihrer jetzigen Gestalt unmittelbar an die „preußische Publiciana“ an. Der I. Entwurf ruhte noch ganz auf römischer Grundlage, wie die Fassung des § 945 uns zeigt, wo es heißt: „Die Vorschriften der §§ 929—944 über die dem Eigentümer zustehenden Ansprüche finden entsprechende Anwendung zu Gunsten desjenigen, welcher den Besitz einer beweglichen Sache erworben hat, sofern er bei dem Besitzerwerbe den Umstand nicht gekannt hat, durch welchen der Erwerb des Eigentums an der Sache verhindert worden ist, und seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat. Die Vorschrift des § 877 Satz 2 findet entsprechende Anwendung“[18]. Allerdings waren dabei die Modifizierungen der gemeinrechtlichen Publiciana deutlich zum Ausdruck gebracht, die sich einerseits aus dem Prinzip des öffentlichen Glaubens bei Immobilien und anderseits aus der allgemeinen Anerkennung des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten bei Mobilien mit Notwendigkeit ergaben. Aber in dem auf Grund der Kritiken veränderten II. Entwurf wurde auch dieser Klage die römische Grundlage genommen und ihr im § 919 (jetzt 1007) die Fassung gegeben, die sich unter dem Gesichtspunkte der deutschrechtlichen Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere direkt an die Klage des Allgemeinen Landrechts anschließt.

Voraussetzung für die Begründung der Klage ist stets früherer Besitz. Dazu kommt nach dem ersten Teil des § 1007 die Notwendigkeit für den Kläger, den bösen Glauben des Erwerbers nachzuweisen, und für den zweiten Absatz der Nachweis des unfreiwilli-

---

18. Motive z. § 945.

1. Vgl. hierzu Windtscheidt, Pand. S. 823 ff.; Dernburg, Pand. S. 436 ff.; Brins, Pand. S. 745 ff.; Bekker, Recht des Besitzes S. 248 ff.

gen Verlustes. Das Prinzip der Relativität, das in der römischen Actio publiciana und im Possessorium ordinarium nur in geringem Maße vorhanden war, ist hier, wie es auch schon bei der Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere der Fall war, in vollem Umfang durchgeführt und man kann daher die Klage aus § 1007 als die Klage des früheren, besser berechtigten Besitzers bezeichnen. Daraus ergibt sich von selbst für die Aktivlegitimation bei dieser Klage, daß sowohl der Eigentümer, soweit er Besitzer der Sache war, als auch jeder frühere Besitzer zur Anstellung derselben berechtigt ist. Da die Klage aus § 1007 sich ausschließlich auf das Besitzrecht gründet und ihr Ziel ganz dasselbe ist wie das aus § 985, so kann als passivlegitimiert auch hier der Besitzdiener nicht gelten. Was hier von der rei vindicatio hierüber gesagt ist, gilt in gleichem Umfang für diese Klage.

§ 16.

Die Besitzentziehungsklage.

I. Das Interdiktum unde vi.

Von den drei Arten der römischen Interdikte, den Interdikta retinendae, recuperandae und adipiscendae possessionis kommen für die hier zu behandelnde Klage nur die der zweiten Art in Betracht und von diesem ist wieder nur das Interdiktum unde vi für die geschichtliche Entwickelung des § 861 BGB. von Bedeutung. Die Frage, welches der Grund für den Besitzschutz in Rom war, ist eine sehr bestrittene, deren Erörterung aber über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen würde. Jedenfalls steht aber das Eine fest, daß durch die Interdikte nur dem juristischen Besitz[2] Schutz gewährt wurde[3], und es liegt der Gedanke nahe, daß man in diesem Besitz das vermutlich dahinterstehende Eigentum schützte[4].

---

2. Dig. 43, 16 L. 1 § 23 u. §§ 9, 10; vgl. Gärtner a. a. O. S. 28.

3. Eine Ausnahme bildet die vacua possessio absentis in 8, 4 L. 11 C, die jedoch äußerst bestritten ist, s. darüber Meischeider, Besitz u. Besitzschutz 67.

4. Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 45.

Wem der Besitz einer unbeweglichen Sache[5] gewaltsam entzogen war, dem mußte er wieder eingeräumt werden. Das war der Inhalt des Interdiktum unde vi. Es war also ein Verbot gegen Eigenmacht, zwar nicht in dem Sinne des § 855 BGB., sondern in einer gröberen Form, indem man nicht bloß Besitzentziehung ohne den Willen des Besitzers als genügend erachtete, sondern die Anwendung von Gewalt, von „vis atrox“[6] verlangte. Jedoch faßte man diesen Begriff auch in Rom nicht buchstäblich auf, sondern sah es schon als Gewalt an, wenn der Dejizierte sich nicht auf einen Kampf eingelassen hatte und sich als der Schwächere zurückzog[7].

Gerichtet ist die Klage in erster Reihe gegen jeden, der den Besitzer durch Gewalt dejiziert hat[8]. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Dejizient einen Vorteil von der Dejektion gehabt, ob er den Besitz erlangt und schuldlos wieder verloren hat[9]. Selbst wenn er gar nicht den Besitz erlangt hat[10], steht trotzdem das Interdikt gegen ihn zu, nicht aber gegen Dritte, welchen den Besitz der Sache erlangt haben, gleichgültig, ob sie Kenntnis von der Dejektion haben oder nicht. Passivlegitimiert sind dagegen dann, wenn die Dejektion durch sog. prokuratorische Detentoren erfolgt ist, deren Gewalthaber, insbesondere Familienväter bei Dejektion durch Hauskinder, Besitzer von Sklaven, kurz alle diejenigen, denen durch die Dejektion unmittelbar Besitz erworben wird[11].

Der Anspruch aus dem Interdiktum unde vi geht auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes cum omni causa und auf Schadensersatz gegen den Dejizienten[12]. Nach Ablauf des Annus utilis geht die Haftung nur noch auf die Bereicherung und dieselbe Haftungsbeschränkung besteht von vornherein bei den neben

---

5. Dig. 43, 16 L. 1 § 6.
6. Dig. 43, 16 L. 1 § 3.
7. Vgl. Bär, Urt. des R.G. S. 47. Dig. 43, 16 L. § 29.
8. Dig. 43, 16 L. 1 pr.
9. Dig. 43, 16 L. 1 § 36.
10. Dig. 43, 16 L. 1 § 42.
11. Dig. 43, 16 L. 1 § 13.
12. L. 1 §§ 40, 41 h. t.

dem Dejizienten haftenden Personen, soweit sie nicht den Auftrag zur Dejektion gegeben haben[13].

II. Die kanonische „actio spolii".

Eine bedeutende Erweiterung hat das Interdiktum unde vi im gemeinen Recht erfahren in der aus dem kanonischen Recht stammenden Spolienklage. Ihre Grundlage hat diese Klage in der pseudoisidorischen Sammlung gefälschter Kirchengesetze, insbesondere in dem Canon redintegranda, wonach ein seines Gutes entsetzter Bischof sich vor der Restitution nicht auf die Klage einzulassen brauchte. Durch die Aufnahme dieser Bestimmung in das Dekretum Gratiani erlangte die Klage auch für Laien Geltung und wurde so unter der Bezeichnung „Spolieneinrede"[14] von allgemeiner Bedeutung. Aus derselben Quelle leitete man dann auch die später sog. „Spolienklage" ab, um damit die Wiedereinräumung des Besitzes direkt durchzusetzen. Sowohl in Bezug auf den Gegenstand als auch auf Aktiv- und Passivlegitimation geht die Spolienklage bedeutend weiter als das Interdiktum unde vi. Nicht nur Immobilien, sondern auch Mobilien und Rechte können mit der Klage herausverlangt werden. Klageberechtigt ist nicht mehr nur der juristische Besitzer, sondern auch der selbstnützige Detentor, wie Mieter, Pächter usw. Hinsichtlich der Passivlegitimation ist nicht mehr die Spoliation allein maßgebend. Es kann auch derjenige mit der Spolienklage belangt werden, der bösgläubig vom Spolianten erworben hat, der „Spolii conscius". Ob auch der ohne Rechtsgrund Besitzende oder überhaupt jeder Besitzer, auch der gutgläubige „Beklagter" sein kann, ist zweifelhaft[15].

III. Im deutschen Recht keine eigentliche Besitzentziehungsklage.

Auf diese so weite Ausdehnung der Spolienklage im Gegensatz zu dem Interdiktum unde vi ist das deutsche Recht nicht

---

13. L. 1 § 15 h. t.
14. Spoliatus ante omnia restituendus.
15. Siehe Bruns, Besitzklagen S. 213 f. und Bähr a. a. O. S. 47.

ohne Einfluß gewesen, hat aber im übrigen in der Entwickelung der Besitzentziehungsklage keine wesentliche Rolle gespielt[16]. Denn das deutsche Recht kannte keinen eigentlichen Besitzschutz[17]. Klagte man auf Wiedereinräumung der Gewere, so geschah dies immer unter Berufung auf das dingliche Recht, welches der Kläger hatte. Eine Trennung von possessorischem und petitorischem Verfahren gab es nicht. Vielmehr diente die Besitzfrage lediglich zur Feststellung der Beklagtenrolle für den nachfolgenden eigentlichen Rechtsstreit. Bei diesem Vorverfahren kam es nun für den Kläger darauf an, den Nachweis der älteren Gewere zu erbringen, wenn er im Hauptprozeß die günstigere Rolle des Beklagten erhalten wollte. Dazu diente die eine Art der ideellen Gewere, wonach fingiert wurde, daß im Falle der Dejektion die Gewere nicht verloren gehe. Wies also der Kläger die Dejektion nach — und zwar mußte dies mit Hilfe zweier Zeugen geschehen — so war damit auch der Beweis erbracht, daß er die Gewere nicht verloren habe, daß er also die ältere Gewere dem Dejizienten gegenüber habe und ihm wurde daraufhin vorläufig der Besitz eingeräumt bis zur endgültigen Entscheidung in dem petitorischen Prozeß aus unfreiwillig verlorener Gewere.

IV. Die Klage des allgemeinen Landrechts wegen einer „neuerlichen Besitzentziehung oder Besitzstörung".

Das preußische allgemeine Landrecht[18] kennt keine besondere Besitzentziehungsklage[19]. Es unterscheidet nicht zwischen Störung und Entziehung, sondern betrachtete die Entziehung als eine Art der Störung. Daher gibt es für beide Fälle nur die eine aus dem Possessorium summariissimum[20] hervorgegangene Klage

16. Heusler, Gewere S. 468.

17. Vgl. hierzu Heusler a. a. O. S. 269 ff.; Gierke, Fahrnisbesitz S. 14, 15 und deutsches Privatr. S. 208—209; Stobbe-Lehmann a. a. O. III S. 200 ff.; Heusler, Inst. II S. 44 ff.

18. Förster-Eccius a. a. O. S. 81 ff.; Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 246; Gierke, Privatr. S. 256 Anm. 26.

19. Vgl. I 7 §§ 146 ff. ALR.

20. Dieses hatte sich in der gemeinrechtlichen Praxis ausgebildet und

wegen einer „neuerlichen Besitzentziehung oder Besitzstörung“ (I. 7 § 154). Beklagter ist stets der Störer, im Falle der Entziehung daher jeder Dejizient, nicht bloß wenn er Besitzer ist, sondern auch der bloße Inhaber. Nur im Falle des Auftrags muß die Klage gegen den Auftraggeber gerichtet werden[21].

V. Die Klage aus § 861 BGB.

Das BGB. knüpft in der Regelung des Besitzschutzes an das gemeine Recht an und hat bei der Normierung der Besitzentziehungsklage die gemeinrechtliche Spolienklage unmittelbar zum Vorbild gehabt.

Nach § 861 BGB. kann der Besitzer, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, die Wiedereinräumung von dem ihm gegenüber fehlerhaft Besitzenden verlangen. Voraussetzungen sind also für die Person des Klägers erstens früherer Besitz, gleichgültig ob Eigen- oder Fremdbesitz, und ferner, daß er diesen Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Beklagter ist, wer dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt. Es sind also für die Passivlegitimation zwei Momente erforderlich, ein absolutes, der Besitz und ein relatives, die Fehlerhaftigkeit desselben gegenüber dem früheren Besitzer. Wir haben schon in den vorher behandelten Fällen gesehen, daß überall da, wo bei der Geltendmachung eines Rechts von seiten des Eigentümers oder früheren Besitzers beim Gegner Besitz Voraussetzung ist, gegen den Besitzdiener nicht vorgegangen werden kann, da er eben Besitz nicht hat. Dasselbe müssen wir auch hier für die Besitzentziehungsklage dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend in Uebereinstimmung mit der gesamten Literatur gegen Isay und Gärtner annehmen, von denen der eine die Passivlegitimation aus seinem Besitzdienerbegriff ableitet, der andere dem Worte „Besitz“ hier eine ausgedehntere Bedeutung beilegen will, als in den anderen Fällen[22], was m. E. willkürlich ist und sich aus dem Gesetz nicht ergibt. Es ist also auch die Klage aus § 861 gegen den Besitzherrn zu richten und das Urteil gegen den Besitzdiener zu vollstrecken.

---

diente zur provisorischen Besitzregelung für das darauffolgende petitorische Verfahren, das Possessorium ordinarium.

21. Förster-Eccius a. a. O. S. 83.

22. Gärtner a. a. O. S. 179.

Die Störungsklagen, sowohl die aus § 1004 als auch die aus § 862, können hier nicht in Frage stehen. Denn das Gesetz sagt ausdrücklich, daß diese Klagen gegen den „Störer" gehen. Da nun das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen Störung und Entziehung unterscheidet, und in dem einen Falle den Besitzer, im anderen den Störer als Beklagten ansieht, so ergibt sich daraus, daß unter einer Störung jedenfalls nicht eine Besitzentziehung zu verstehen ist. Ist aber dies nicht der Fall, dann kann der Besitzdiener als solcher bei einer Störung nicht in Betracht kommen. Da doch die Besitzdienerschaft Ausübung der tatsächlichen Gewalt für einen anderen erfordert, so kann davon bei einer bloßen Besitzstörung nicht die Rede sein und es ist daher gleichgültig, wenn der Störer auch in anderer Hinsicht Besitzdiener ist. Im Bezug auf eine Störung kann er es jedenfalls nie sein. Besitzdienerschaft und Störung stehen in gar keinem Zusammenhang und deshalb sind diese Klagen bei der Frage nach den Rechten gegen den Besitzdiener nicht zu berücksichtigen.

Zweites Kapitel.

Ansprüche, die ohne gerichtliche Hilfe durchzusetzen sind.

§ 17.

Das Selbsthilferecht des § 859.

I. Das Selbsthilferecht im römischen Recht.

In Rom war das Recht der defensiven Selbsthilfe allgemein anerkannt[1]. Wer in dem ungestörten Genuß seiner Rechte gehindert wurde, konnte sich der Störung mit Gewalt erwehren, was ganz unzweifelhaft die Quellenstelle Dig. 43, 16 L. I § 27 mit den Worten „Vim vi repellere licere" ausspricht[2]. Anders ist aber die Frage nach dem Recht, sich eine entzogene Sache wieder zu verschaffen, zu beantworten. Es war grundsätzlich verboten. Man sah auch in Rom schon ein, daß mit der Gewährung eines selbständigen Wiederbemächtigungsrechtes die öffentlich Sicherheit und Ordnung gefährdet werde. Daher verlangte man für

1. Vgl. hierzu Brinz, Pand. S. 261 ff.; Dernburg, Pand. S. 290 ff.; Windscheid, Pand. 619 ff.

2. Siehe auch Dig. 9, 2 L. 45, § 4.

diese Fälle regelmäßig die Anrufung staatlicher Hilfe[3], die in den Interdikten gegeben wurde. Ja, es gab sogar in justinianischer Zeit Fälle, in denen die selbständige Befriedigung, die jemand mit Gewalt suchte, unter Strafe gestellt wurde, z. B.: Wenn der Eigentümer seine im fremden Besitz befindliche Sache eigenmächtig wegnahm, verlor er zu Gunsten des Besitzers sein Eigentum[4].

Die erlaubte Selbsthilfe setzte also Besitz, und zwar juristischen Besitz voraus, der noch nicht auf irgend eine Weise verloren gegangen sein durfte. Denn war dies vi, clam oder precario, also, um mich eines modernen Ausdrucks zu bedienen, durch verbotene Eigenmacht geschehen, dann war die Selbsthilfe nicht zulässig, denn dem Entsetzten standen ja die entsprechenden Interdikte zu Gebote. Von diesem Grundsatze wich man nur scheinbar in einem Falle ab. War jemand heimlich oder gewaltsam aus seinem Grundstücke verdrängt worden[5], so sollte dem Dejizierten gestattet sein, die Wiederbemächtigung selbstständig vorzunehmen und sofern er dies sofort nach erlangter Kenntnis tat, sollte dem anderen kein Rechtsmittel dagegen gegeben sein[6]. Damit wäre also ein Vertreibungsrecht ausdrücklich durch das Gesetz sanktioniert worden. So ist aber wohl dieses Recht nicht aufzufassen[7]. Vielmehr ist es nichts weiter als die notwendige Konsequenz, die sich aus der Stelle 41,2 L. 18, § 3 ergibt, wonach der heimlich Dejizierte den Besitz behält, bis er davon Kunde erhält und die Vertreibung des Okkupanten vornimmt. Erst wenn er dies nicht tut oder kann, verliert er den Besitz und muß den staatlichen Schutz zu Hilfe nehmen. Demnach ist also die Vertreibung nichts anderes, als eine ausgedehnte defensive Selbsthilfe, da ja weder der Dejizierte den Besitz verloren, noch der Okkupant ihn erworben hat. Es ist ganz selbst-

3. Dig. 50, 17 L. 176.
4. Dig. 8, 4 L. 7 C.
5. Z. B. Dig. 41, 2 L. 6 § 1.
6. Dig. 43, 16 L. 17 u. L. 3 § 9 h. t.
7. Vgl. Bekker, Recht des Besitzes S. 279 ff.; Bruns, Besitzklagen S. 146 Nr. 3 ff.; Meischeider a. a. O. S. 329 ff.; Bähr, zur Besitzlehre, Jahrb. Bd. 26, S. 258.

verständlich, daß, wenn jemand durch einen prokuratorischen Detentor ein Grundstück okkupiert hat, der Besitzer auch hier, wie schon bei den Klagen, sein Recht gegen diesen geltend machen kann. Diese Auffassung von dem Selbsthilferecht entspricht auch unseren heutigen Anschauungen noch, wie wir nachher sehen werden.

II. Das Wiederverschaffungsrecht des Entwerten im deutschen Recht.

Ganz ähnliche Grundsätze enthält das deutsche Recht bezüglich der Selbsthilfe[8]. Niemand durfte einen anderen aus der Gewere weisen, wenn er sie ihm nicht auf gerichtlichem Wege gebrochen hatte[9]. Auch hier konnte sich der eigenmächtig Angegriffene mit Gewalt wehren. War jemand zu Unrecht entwert worden, so konnte er, wenn er die Verfolgung sofort aufnahm, dem Entwerer die Sache mit Gewalt wieder abnehmen. Dieses Wiederverschaffungsrecht wurde dahin erweitert, daß man das Wegnahmerecht drei Tage und drei Nächte lang gewährte. Gelang es in dieser Zeit dem Entwerten, die Sache wieder zu erlangen, so galt die Gewere als garnicht verloren. Also auch hier ist die Wiederbemächtigung nur als eine erweiterte defensive Selbsthilfe aufgefaßt, ebenso wie wir es bei den Römern gesehn haben.

III. Beschränktes Selbsthilferecht im allgemeinen Landrecht.

Nicht in demselben Umfang erkannte das Allgemeine Landrecht das Selbsthilferecht an. Die defensive Selbsthilfe war nur gestattet, „wenn die Hilfe des Staats zu spät kommen würde, einen unersetzlichen Verlust abzuwenden“. (I 7, § 142 ALR.) Dasselbe galt auch für das Recht der Besitzverfolgung nach § 143[10].

---

8. Heusler, Inst. II S. 43; Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 221.
9. Kap. II 70.
10. Das sächsische Gesetzbuch gestattete nach § 181 die Selbsthülfe

IV. Eingeschränktes Wiederverschaffungsrecht des § 858 Abs. 2 und 3 BGB.

Das BGB. stellt im § 859 Abs. 1 wieder das römisch-rechtliche Prinzip „vim vi repellere licet“ auf, jedoch in erweiterter Form insofern, als es die Gewaltanwendung nicht mehr von vis oder clandestinitas abhängig macht, sondern als verbotene Eigenmacht schon jeden ohne Willen des Besitzers gestörten oder entzogenen Besitz anerkennt (§ 858 Abs. 1). Voraussetzung der Selbsthilfe ist also verbotene Eigenmacht. Der objektive Tatbestand, daß der Besitz ohne Willen gestört oder entzogen ist und nicht das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmung dies gestattet, genügt zur verbotenen Eigenmacht, ohne daß es auf subjektive Momente in der Person des Täters ankäme[11]. Dies sprechen schon die Protokolle aus, wenn sie sagen, es liege verbotene Eigenmacht schon dann vor, „wenn eine auch nur objektive Beeinträchtigung des Besitzes stattgefunden habe“[12]. Dieselbe Auffassung vertritt auch die Denkschrift (S. 107), indem sie weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit für die verbotene Eigenmacht fordert. Es kommt also auf den guten Glauben des Täters nicht an: Wer irrtümlich glaubt, daß die Störung mit dem Willen des Besitzers geschehe, oder wer sich als Eigentümer einer vermieteten Sache zum Eingriff in den Besitz des Mieters berechtigt hält, begeht deshalb doch verbotene Eigenmacht und schließt die Anwendung der Selbsthilfe gegen ihn nicht aus. Nur für die Frage nach dem Schadenersatz aus der unerlaubten Handlung würde dieses Moment zu berücksichtigen sein. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Selbsthilferechts sind demnach dieselben wie für die Besitzklagen. Diese gelten gleichmäßig sowohl für störende wie entziehende Eingriffe in den Besitz. Für die letzteren Fälle der Eigenmacht sind aber in den Absätzen 2 und 3 des § 859 nähere Bestimmungen getroffen, nach denen der Ausübung der offensiven Selbsthilfe gewisse Schranken gesetzt sind. Dies mußte deshalb geschehen, da die Gewährung eines uneinge-

---

nach denselben Prinzipien wie die Römer und machte die Ausübung dieses Rechts nicht abhängig von der Unersetzlichkeit des Verlustes.

11. Anders Gärtner a. a. O. S. 164 ff.

12. Prot. S. 3351.

schränkten Wiederverschaffungsrechtes zu einer Rechtsunsicherheit geführt hätte, die dem Zweck des Besitzschutzes „den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen, zu bewahren", geradezu widersprochen hätte. Deshalb sind die Einschränkungen, die in dem § 859 Abs. 2 und 3 gegenüber dem Abs. 1 gemacht sind, Begrenzungen, nach denen nur innerhalb eines gewissen Zeitraumes die offensive Selbsthilfe gestattet ist[13]. Gleichwohl bilden diese Vorschriften auf der anderen Seite eine Erweiterung gegenüber den allgemeinen Bestimmungen über Notwehr im § 227. Wird dort für die Rechtmäßigkeit der Abwehr ein „gegenwärtiger" Angriff verlangt, so ist dies für den Besitzer nicht erforderlich.

Der § 859 Abs 2 bestimmt die Erfordernisse des Wiederverschaffungsrechts bei beweglichen Sachen und sagt, daß die Sache „dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter" abgenommen werden kann. Hier kann also der Angriff schon vollendet sein. Aber nur unter diesen zeitlichen Grenzen ist die Wegnahme zulässig. Wenn ich z. B. von meiner Veranda aus sehe, wie jemand eine Rose aus meinen Garten abgepflückt hat und damit weglaufen will, so kann ich sie ihm abnehmen, wenn ich mich gleich an seine Verfolgung gemacht habe, auch wenn ich vielleicht erst nach zwei Stunden seiner habhaft werde. Gebe ich aber die Verfolgung auf, dann habe ich mich des Selbsthilferechts begeben und kann jetzt nur noch klageweise gegen den Täter vorgehen. Erreiche ich dagegen den Täter, dann kann ich ihm die Sache abnehmen und zwar unter Anwendung von Gewalt, natürlich aber nur so weit, als dies zur Wiedererlangung der Sache erforderlich ist. Denn die Gewalt ist ja nicht gegen den Täter gerichtet, sondern nur auf Wiedererlangung der Sache. Wirft der Täter unterwegs die Rose weg, dann ist mir natürlich jede Gewaltanwendung gegen den Täter verboten.

In ähnlicher Weise ist die Wiederbemächtigung bei Grundstücken im Absatz 3 des § 859 geregelt. Hier kann der Täter natürlich nicht weglaufen und deshalb kann auch von einer Verfolgung von seiten des Entsetzten keine Rede sein. Deshalb

13. So auch Mot. S. 112 u. 113.

ist in diesem Falle das Recht der Wiederbemächtigung davon abhängig gemacht, daß der Besitzer sich „sofort“ nach der Entsetzung seines Besitzes wieder bemächtigt.

Es fragt sich nun, wie dieses „sofort“ hier auszulegen ist. Es ist allgemein herrschende Ansicht, daß man dem „sofort“ im § 859 Abs. 3 nicht die enge Bedeutung beilegen darf, die es sonst hat[14]. Diese Auffassung haben auch die Protokolle[15]. Das „sofort“ soll einen objektiven Maßstab für die zeitliche Grenze des Wiederbemächtigungsrechtes bilden und so einen Gegensatz zu der technischen Bezeichnung „unverzüglich“ darstellen. Es bedeutet nicht „sofort“ nach erlangter Kenntnis, sondern sofort nach der Dejektion. Es soll aber soweit ausgelegt werden, daß es als „sofort auch noch gilt, wenn z. B. der Dejizierte zur Wiedererlangung des Besitzes gewisse Vorbereitungen trifft[16]. Anderseits kann auf ein Verschulden seitens des Entsetzten hier nichts ankommen. Denn wollte man das Wiederbemächtigungsrecht solange gewähren, als kein schuldhaftes Zögern vorliegt, dann wäre die im Abs. 3 bezweckte Einschränkung so ungewiß, daß der aus seinem Grundstück Verdrängte auch noch nach Jahren, wenn er Kenntnis von der Okkupation erhält, den Täter gewaltsam entsetzen könnte. Das aber will der § 859 Abs. 3 verhüten.

Auf diesem Standpunkt stand allerdings das römische Recht. Aber die Römer faßten dieses Recht als ein Recht der Selbstverteidigung auf, indem sie den Verlust des Besitzes nicht in der Okkupation durch den Dejizienten sahen, wenn der Dejizierte nach erlangter Kenntnis die Entsetzung des Okkupanten nicht vornahm oder dazu außer Stande war.

Diese Auffassung eines fortdauernden Besitzes bei gewaltsamer Verdrängung ist nach heutigem Recht ausgeschlossen. Denn das Gesetz drückt sich in § 859 Abs. 3 ganz unzweideutig aus, wenn es gestattet, sich des „entzogenen Besitzes“ wieder

---

14. Planck a. a. O. S. 46 b; Biermann a. a. O. S. 18, N. 3; Meisner a. a. O. S. 13; Endemann a. a. O. 1905 S. 235, 236. Dernburg, BGB. S. 82 Crome a. a. O. S. 66, Anm. 16.

15. Prot. S. 3357/58.

16. Prot. S. 3359.

zu bemächtigen[17]. Der Unterschied ist von Bedeutung für das Maß von Gewalt, welches der Dejizierte anzuwenden berechtigt ist. Nach römischen Recht war die Entsetzung Selbstverteidigung und daher Gewaltanwendung ebenso wie bei der Notwehr zulässig. Nach heutigem Recht ist sie offensive Selbsthilfe und darin liegt eine wesentliche Einschränkung der Gewaltanwendung, deren Umfang wir oben festgestellt haben.

Gegen wen nun dieses Selbsthilferecht des § 859 gestattet ist, kann nach dem Wortlaut des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen. Sowohl bei der Entziehung beweglicher als auch unbeweglicher Sachen ist immer nur von dem „Täter" die Rede. Demnach kommt es nicht darauf an, daß durch die Entziehung gerade der Entziehende auch den Besitz der Sache erlangt hat. Notwendig ist nur Besitzverlust des Entsetzten. Daher kann sich die Selbsthilfe auch gegen den Besitzdiener richten. Denn wenn jemand als Besitzdiener eine Sache wegnimmt, so erwirbt er zwar nicht sich, sondern dem Herrn den Besitz, auch wenn dieser nichts davon weiß, da der Wille nicht in Betracht kommt. Gleichwohl ist der Besitzdiener der Täter und gegen ihn ist die Selbsthilfe anwendbar, solange er die Sache hat. Ob neben ihm auch noch der Besitzherr, wenn er von der Entziehung Kenntnis hat, als Täter zu betrachten ist, ist dabei unerheblich und hat für unsere Frage keine Bedeutung.

Als Resultat unserer Erörterung ergibt sich demnach, daß dem Eigentümer bezw. früheren Besitzer im Klagerechte aus dem Eigentum oder Besitz gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers nicht zustehen, da alle diese Klagen beim Beklagten Besitz voraussetzen, den der Besitzdiener nicht hat, daß dagegen das Selbsthilferecht bei Entziehung einer Sache ihnen als das einzige Recht gegen den Besitzdiener in vollem Umfang zuerkannt werden muß.

17. Anders Kniep a. a. O. S. 313, der auf dem römisch-rechtlichen Standpunkt steht.

Lebenslauf.

Am 22. Oktober 1884 bin ich, Gottfried Samter zu Liegnitz als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Benno Samter und seiner Ehefrau Meta geb. Kurtzig geboren. Ich bin israelitischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Gymnasium in Liegnitz, welches ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München, Berlin und Breslau. Vom 1. Oktober 1906 bis 1. Oktober 1907 habe ich meiner Militärpflicht in München genügt. Am 18. November 1909 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 7. Dezember 1909 vor der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. Zur Zeit bin ich bei der Königlichen Staatsanwaltschaft am Landgericht III in Berlin als Referendar beschäftigt.